

08/09 2 Zivilprozessordnung. Art. 42, Art. 110 Abs. 2, 116 lit. a und b ZPO. Sicherheitsleistung für die Parteikosten der Gegenpartei. Bei der notwendigen Streitgenossenschaft ist von der Auferlegung einer Sicherheitsleistung abzusehen, wenn auch nur bei einem Streitgenossen kein Grund dafür besteht. Die Sicherstellungspflicht für die Parteikosten kann gestützt auf Art. 116 lit. a ZPO nicht angeordnet werden, weil zwei Mitglieder der notwendigen Streitgenossenschaft in der Schweiz wohnhaft sind. Da die Streitgenossen zur solidarischen Tragung der Prozesskosten verpflichtet werden können, hat der kautionspflichtige Streitgenosse die ganzen Kosten sicherzustellen. Einfache Gesellschaft als Gesuchsgegnerin. Für die Sicherstellung der Parteikosten gestützt auf Art. 116 lit. b ZPO müsste die Zahlungsunfähigkeit sämtlicher Mitglieder der einfachen Gesellschaft glaubhaft gemacht werden. In concreto ist die Zahlungsunfähigkeit nicht bei allen Mitgliedern der einfachen Gesellschaft genügend dargelegt, weshalb die Sicherstellungspflicht für die Parteikosten insoweit nicht gewährt werden kann. Die angebehrte Sicherheitsleistung erscheint in masslicher Hinsicht als angemessen.

Obergericht, 30. Dezember 2008, OG ZP 08 13

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- die X, Berufungsbeklagte im vor Obergericht hängigen Berufungsverfahren OG Z 07 13 betreffend Aufhebung Beschlüsse Stockwerkeigentümersversammlung und Abberufung Verwalter ist;
- die X mit Stellungnahme vom 3. September 2008 zur Berufung bzw. mit Ergänzung/Präzisierung Verfahrensanträge vom 22. September 2008 beantragt, dass A, B, C und D, Berufungskläger, zu verpflichten seien, innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist Sicherheit für die Parteikosten im Betrage von Fr. 2'000.-- zu leisten;
- die Zuständigkeit des vorliegend entscheidenden Richters sich aus Art. 14 Abs. 2 lit. c ZPO ergibt;
- wer ein Rechtsmittel einlegt, auf Verlangen der Gegenpartei Sicherheit für deren Parteikosten zu leisten hat, wenn er in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat und keine staatsvertragliche Vereinbarung ihn von der Sicherheitsleistung befreit oder gegen ihn ein Konkursverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen oder wenn er aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint (Art. 116 lit. a und b ZPO);
- die Gesuchstellerin ausführt, dass weder B noch D noch deren Vertreter ihren Wohnsitz in Breitenbach hätten, nach offiziellen Angaben sich alle drei ins Ausland abgemeldet hätten, die Berufungskläger auch i.S.v. Art. 116 lit. b ZPO zahlungsunfähig seien;
- im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage vom 30. Mai 2005 beim Landgericht Ursern die Stockwerkeinheit Y im Gesamteigentum von C, B und A als Mitglieder der einfachen Gesellschaft Z stand, D als Nutznießungsberechtigte an der Stockwerkeinheit im Grundbuch eingetragen war;
- soweit die Berufungskläger und Gegner des vorliegenden Gesuches zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage vor dem Landgericht Ursern zufolge einfacher Gesellschaft im Grundbuch als Gesamteigentümer eingetragen waren, sie eine notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 42 ZPO bilden (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 5 N. 49 f.);
- bei der notwendigen Streitgenossenschaft nach herrschender Meinung von der Auferlegung einer Sicherheitsleistung abzusehen ist, wenn auch nur bei einem Streitgenossen kein Grund dafür besteht (BGE 109 II 271 f. E. 2, 93 II 69; AGVE 1996 S. 51

f. E. 2b); aus der Wegzugsmeldung der Gemeinde Büsserach vom 25. Juni 2004 hervorgeht, dass sich B per 25. Juni 2004 nach Schottland abgemeldet hat, auch wenn B keinen Wohnsitz mehr in der Schweiz hat, die Sicherstellungspflicht für die Parteikosten gestützt auf Art. 116 lit. a ZPO nicht angeordnet werden kann, weil A und C in der Schweiz wohnhaft sind;

- aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen hervorgeht, dass D ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt hat, D nach Grossbritannien weggezogen ist;

- die Streitgenossen zur solidarischen Tragung der Prozesskosten verpflichtet werden können (Art. 110 Abs. 2 ZPO), der kautionspflichtige Streitgenosse die ganzen Kosten sicherzustellen hat (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N. 1b zu Art. 70);

- für die Sicherstellung der Parteikosten gestützt auf Art. 116 lit. b ZPO die Zahlungsunfähigkeit sämtlicher Mitglieder der einfachen Gesellschaft Z glaubhaft gemacht werden müsste, aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen hervorgeht, dass sich die Gesuchsgegner der Zahlung diverser Forderungen entziehen, jedoch den Unterlagen nicht entnommen werden kann, dass gegen eines der Mitglieder der einfachen Gesellschaft Z ein Konkursverfahren hängig ist oder Verlustscheine bestehen, weiter festzuhalten ist, dass auch die Zahlungsunfähigkeit aus anderen Gründen nicht bei allen Mitgliedern genügend dargelegt wird und deshalb die Sicherstellungspflicht für die Parteikosten gestützt auf Art. 116 lit. b ZPO nicht gewährt werden kann;

- in masslicher Hinsicht die angebehrte Sicherheitsleistung als angemessen erscheint (Art. 18 ff. Gerichtsgebührenverordnung, Art. 27 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Gerichtsgebührenreglement); ...

Nr. 3 Zivilprozessordnung. Art. 9 BV. Art. 74 Abs. 2, Art. 200 Abs. 2 ZPO. Nach Art. 200 Abs. 2 ZPO ist der Klage der Weisungsschein beizulegen, sofern das Vermittlungsverfahren durchzuführen war. Ist der Weisungsschein verfallen oder stammt er von einem offensichtlich unzuständigen Vermittler, tritt der Richter für dermalen auf die Klage nicht ein. Er erlässt einen Erledigungsbeschluss. Steht fest, dass (zu unrecht) keine Vermittlungsverhandlung stattgefunden hat und demnach kein Weisungsschein vorhanden ist, hat der entscheidende Richter gleich vorzugehen, wie wenn der Weisungsschein verfallen wäre oder von einem unzuständigen Vermittler stammen würde. Der Richter tritt für dermalen auf die Klage nicht ein und erlässt einen Erledigungsbeschluss. Die Ansetzung einer Verbesserungsfrist zur Nachreichung eines allenfalls vorhandenen Weisungsscheins entfällt. Weiterleitung der Klage an den zuständigen Vermittler gestützt auf Art. 74 Abs. 2 ZPO? Aus Art. 9 BV ergibt sich, dass der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll, indem diese, wenn das in Frage kommende Rechtsmittel fälschlicherweise rechtzeitig bei einer unzuständigen Stelle eingereicht wird, darauf nicht eintritt, weil es nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bei ihr eintrifft. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung bezieht. Diese Praxis geht davon aus, dass das richtige Rechtsmittel am unrichtigen Ort eingereicht worden ist. Im vorliegenden Fall geht es jedoch gerade um den umgekehrten Fall, nämlich darum, dass das falsche Rechtsmittel, d.h. die Klage an die richtige, d.h. für die Behandlung von Klagen zuständige Instanz adressiert worden ist. In einem solchen Fall kann es grundsätzlich nicht Sache der Vorinstanz sein, nach dem Entscheid über ihre mangelnde Zuständigkeit die Klage an den Vermittler zur Behandlung als Vermittlungsbegehren weiterzuleiten. Der Berufungskläger wollte auch kein Vermittlungsgesuch einreichen.

Obergericht, 22. Januar 2009, OG Z 08 5

Sachverhalt

A.

Mit unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 13. August 2007 (LGP 07 201: Verfügung und Beschluss) wies das Landgerichtspräsidium Uri das Amt für das Grundbuch Uri richterlich an, die zulasten des Grundstückes X Altdorf dringlich angeordnete Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung des Anspruchs von Y, Schattdorf, auf Übereignung dieses Grundstückes vorläufig zu bestätigen. Y wurde zur Anhebung des Hauptprozesses auf Übereignung des Grundstückes beim zuständigen Gericht eine rechtszerstörliche, nicht erstreckbare Frist von zwei Monaten ab Rechtskraft des Verfahrens angesetzt. Werde die Klage nicht innert angesetzter Frist angehoben, falle die vorläufige Verfügungsbeschränkung dahin. Gleichzeitig beschloss das Landgerichtspräsidium Uri, dass das Gesuch um Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung/Grundbuchsperrung als durch Vergleich erledigt abgeschlossen wird. Der Vergleich wurde zum Bestandteil des Beschlusses erklärt. Mit dem Vergleich vom 25. Juli/8. August 2007 beauftragten Y und die Z AG, Bremgarten, das Landgerichtspräsidium Uri, die am 27. Juni 2007 dringlich angeordnete Vormerkung im Grundbuch gerichtlich zu bestätigen. Weiter beauftragten Y und Z AG das Gericht, Y eine rechtszerstörliche, nicht erstreckbare Frist von zwei Monaten zur Anhebung des Hauptprozesses anzusetzen.

B.

Mit Entscheid LGZ 07 25 vom 14. Februar 2008 trat das Landgericht Uri auf die Klage von Y vom 6. September 2007 auf Eintragung als Grundeigentümer nicht ein. Weiter wurde die Klage von Amtes wegen an den Vermittler der Gemeinde Altdorf weitergeleitet. Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 2'160.-- wurden Y auferlegt. Dieser hat die Z AG mit Fr. 2'000.-- für ihre prozessualen Umtriebe zu entschädigen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung LGP 07 201 des Landgerichtspräsidiums Uri vom 13. August 2007 lautet wie folgt:

"Dem Gesuchsteller wird zur Anhebung des Hauptprozesses auf Übereignung des Grundstücks beim zuständigen Gericht eine rechtszerstörliche, nicht erstreckbare Frist von zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Verfahrens angesetzt. Wird die Klage nicht innert angesetzter Frist angehoben, fällt die vorläufige Verfügungsbeschränkung dahin."

Gemäss Art. 185 ZPO hat jedem Prozess ein Vermittlungsverfahren voranzugehen. Die Streitigkeit wird durch Einreichung des Vermittlungsgesuchs rechtshängig (Art. 189 Abs. 1 ZPO). Beim Vermittler handelt es sich um eine richterliche Behörde (Art. 104 Abs. 1 lit. a KV; Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 ff. GOG). Daran ändert nichts, dass der Vermittler einzig aber immerhin auf eine sachgerechte Erledigung der Streitsache hinwirkt, ohne in der Sache selbst zu entscheiden (Art. 12 Abs. 1 GOG). Um jeden Zweifel von vorneherein auszuräumen, ob der Vermittler als "richterliche Behörde" angesprochen werden kann, zählt das 3. Kapitel des GOG die richterlichen Behörden abschliessend auf. Und daraus wird klar, dass dazu nicht nur die richterlichen Behörden im engeren Sinn gehören, sondern auch der Vermittler, der Staatsanwalt, der Verhörrichter und der Jugendanwalt (Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 07.01.1992 zur Änderung der Gerichtsorganisation, S. 13). Soweit der Berufungskläger ausführt, dass es sich beim zuständigen Gericht nach Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung LGP 07 201 vom 13. August 2007 um das Landgericht Uri handeln müsse, bei dem er die Klage denn auch eingereicht habe, kann dem nicht gefolgt werden.

b) Gemäss Art. 187 ZPO können die Parteien schriftlich vereinbaren, dass sie auf ein Vermittlungsverfahren verzichten. Der Berufungskläger bringt vor, dass ein solcher Verzicht vereinbart worden sei. Dies ergebe sich aus dem Zusammenhang des von den Parteien abgeschlossenen und vom Gericht zum Bestandteil des Beschlusses LGP 07 201 erklärten Vergleichs und Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung LGP 07 201, wonach dem Berufungskläger und damaligen Gesuchsteller zur Anhebung des Hauptprozesses auf Übereignung des Grundstückes beim zuständigen Gericht eine Frist angesetzt worden sei, denn der Vermittler sei eben gerade kein Gericht. Zum Vermittler als richterliche Behörde und damit als zuständiges Gericht wird auf das oben (E. 3a) Ausgeführte verwiesen.

Ziff. 2 des Vergleichs lautet:

"Die Parteien beauftragen das Gericht, dem Gesuchsteller eine rechtszerstörliche, nicht erstreckbare Frist von zwei Monaten zur Anhebung des Hauptprozesses anzusetzen."

Die Anhebung des Hauptprozesses hätte vorliegend in der Einreichung eines Vermittlungsgesuches (Art. 188 ZPO) bestanden. Daran ändert nichts, dass (nach durchgeführtem Vermittlungsverfahren ohne Einigung gestützt auf den Weisungsschein) der ordentliche Prozess mit der Einreichung der Klage beim Richter beginnt (Art. 200 Abs. 1 ZPO). Ein Verzicht auf ein Vermittlungsverfahren lässt sich auch aus dem Zusammenspiel

von Ziff. 2 des von den Parteien abgeschlossenen Vergleiches vom 25. Juli 2007/8. August 2007 und Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung LGP 07 201 nicht entnehmen.

c) Gemäss Art. 186 lit. b ZPO entfällt das Vermittlungsverfahren, wenn das summarische Verfahren anzuwenden ist. Der Berufungskläger bringt vor, dass unter dem Gesetzeswortlaut nicht nur das eigentliche Summar-, sondern auch das daran anschliessende Klageverfahren zu subsumieren sei. Sei schon ein richterliches Verfahren vorangegangen, mache die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens vor einer innert richterlich angesetzt Frist einzureichenden Klage keinen Sinn mehr. Art. 186 Abs. 1 lit. a ZPO/LU sehe aus diesem Grunde vor, dass der Aussöhnungsversuch entfällt, wenn der Richter eine Klagefrist angesetzt hat. Der Berufungskläger führt dann selbst aus, dass die ernerische Zivilprozessordnung in Art. 186 ZPO diesen Ausnahmetatbestand nicht explizit enthält. Dem Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16. Februar 1994 an den Landrat zur Zivilprozessordnung (ZPO), S. 9, lässt sich entnehmen, dass sich die geltende ernerische ZPO vom 23. März 1994 namentlich an jene der Kantone Luzern, St. Gallen und Aargau lehnt. Der Urner Gesetzgeber hat in Kenntnis der luzernischen Regelung (Bericht und Antrag zur Zivilprozessordnung, S. 75 mit Anführung von Art. 185 ZPO/LU, wobei es sich damals um den Entwurf zur geltenden ZPO/LU handelte) eine andere Lösung getroffen. Auch wenn der Richter eine Klagefrist angesetzt hat, ist nach der geltenden ernerischen ZPO ein Aussöhnungsversuch durchzuführen, ausser die Parteien hätten schriftlich vereinbart, auf ein Vermittlungsverfahren zu verzichten (Art. 187 ZPO). Unter Berufung auf Art. 236 Abs. 1 ZPO will der Berufungskläger Art. 186 lit. b ZPO so verstehen, dass das Vermittlungsverfahren nicht nur entfällt, wenn das Summarverfahren anwendbar ist, sondern auch dann, wenn der Richter, der im Summarverfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen hat, dem Gesuchsteller eine Frist ansetzt, damit dieser im ordentlichen Prozess Klage erhebt. Art. 236 ZPO bestimmt unter der Marginalie "Klagefrist bei vorsorglichen Massnahmen", dass der Richter, soweit erforderlich, dem Gesuchsteller beim Erlass vorsorglicher Massnahmen eine Frist setzt, um im ordentlichen Prozess Klage zu erheben. Die Klageerhebung im ordentlichen Prozess besteht aber, wie schon ausgeführt (E. 3b), in der Einreichung eines Vermittlungsgesuches.

4. Nach Art. 200 Abs. 2 ZPO ist der Klage der Weisungsschein beizulegen, sofern das Vermittlungsverfahren durchzuführen war. Ist der Weisungsschein verfallen oder stammt er von einem offensichtlich unzuständigen Vermittler, tritt der Richter für dermalen auf die Klage nicht ein. Er erlässt einen Erledigungsbeschluss. Steht fest, dass (zu Unrecht) keine Vermittlungsverhandlung stattgefunden hat und demnach kein Weisungsschein vorhanden ist, hat der entscheidende Richter gleich vorzugehen, wie wenn der Weisungsschein verfallen wäre oder von einem unzuständigen Vermittler stammen würde. Der Richter tritt für dermalen auf die Klage nicht ein und erlässt einen Erledigungsbeschluss. Die Ansetzung einer Verbesserungsfrist zur Nachreichung eines allenfalls vorhandenen Weisungsscheins entfällt (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 07.09.2000, OG Z 00 9, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2000 und 2001, Nr. 4). Die Vorinstanz hätte demnach auf die Klage des Berufungsklägers vom 6. September 2007 für dermalen nicht eintreten dürfen. Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheides ist entsprechend neu zu fassen. Damit wird dem Gesetzeswortlaut Rechnung getragen.

5. Gemäss Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides wird die Klage von Amtes wegen an den Vermittler der Gemeinde Altdorf weitergeleitet. Die Vorinstanz stützt die Weiterleitung auf Art. 74 Abs. 2 ZPO, wonach die Frist als eingehalten gilt, wenn eine Eingabe oder Zahlung rechtzeitig einer unzuständigen ernerischen Gerichts- oder Verwaltungsinstanz eingereicht wird. Sie wird von Amtes wegen an die zuständige Stelle weitergeleitet. Die vom Kläger bei der Vorinstanz anhängig gemachte Klage enthalte alles, was für ein Vermittlungsbegehren nach Art. 188 Abs. 2 ZPO erforderlich sei. Es sei davon auszugehen, dass eine als Klage eingereichte Eingabe durch den Vermittler ohne Weiteres sinngemäss in ein Vermittlungsbegehren umgedeutet werden könne. Es ergibt sich aus Art. 9 BV, dass der Rechtssuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens

durch die zuständige Instanz gebracht werden soll, indem diese, wenn das in Frage kommende Rechtsmittel fälschlicherweise rechtzeitig bei einer unzuständigen Stelle eingereicht wird, darauf nicht eintritt, weil es erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bei ihr eintrifft. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung bezieht (BGE 121 I 95, 118 la 243 f.). Diese Praxis geht davon aus, dass das richtige Rechtsmittel am unrichtigen Ort eingereicht worden ist. Im vorliegenden Fall geht es jedoch gerade um den umgekehrten Fall, nämlich darum, dass das falsche Rechtsmittel, d.h. die Klage an die richtige, d.h. für die Behandlung von Klagen zuständige Instanz adressiert worden ist. In einem solchen Fall kann es grundsätzlich nicht Sache der Vorinstanz sein, nach dem Entscheid über ihre mangelnde Zuständigkeit die Klage an den Vermittler zur Behandlung als Vermittlungsbegehren weiterzuleiten (Urteil Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt [Ausschuss] vom 17.10.2001, publ. in BJM 2002 S. 161 ff.). Der Berufungskläger wollte auch kein Vermittlungsgesuch einreichen. Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides ist aufzuheben.

Gesagtes erhellt, dass die Berufung, soweit darauf eingetreten, teilweise gutzuheissen ist. Der Entscheid der Vorinstanz vom 14. Februar 2008 ist in den Ziff. 1 und 2 aufzuheben und Ziff. 1 ist in dem Sinne neu zu fassen, dass auf die Klage für dermalen nicht eingetreten wird. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen.

Nr. 4 Zivilprozessordnung. Art. 105 Abs. 2 ZPO. Den Parteien ist z.B. durch Mitteilung des Abschlusses des Schriftenwechsels anzuzeigen, dass eine allfällige Kostennote nun einzureichen ist. Andernfalls würde den Parteien die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur rechtzeitigen Einreichung einer Kostennote in vielen Fällen abgeschnitten.

Obergericht, 08. April 2008, OG Z 07 26

Aus den Erwägungen:

2. Die Rekurrentin macht im Wesentlichen geltend, dass ihr im vorinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren der Abschluss des Schriftenwechsels nicht mitgeteilt worden sei und sie deshalb nicht wissen konnte, wann sie ihre Honorarnote spätestens hätte einreichen müssen. Die Rekurrentin macht eine Verletzung von Art. 105 ZPO i.V.m. Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG durch die Vorinstanz geltend.

3. Die Anwälte haben eine Kostennote einzureichen, die gesondert die Parteikosten nennt. Diese Kostennote ist im schriftlichen Verfahren nach Abschluss des Schriftenwechsels, im mündlichen Verfahren nach den Parteivorträgen einzureichen. Wird keine Kostennote eingereicht, bestimmt der Richter die Entschädigung im Rahmen des Absatzes 1 nach Ermessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO).

Das Rechtsöffnungsverfahren richtet sich nach den Regeln des summarischen Verfahrens (Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG). Gemäss den allgemeinen Verfahrensvorschriften (Art. 227 ff. ZPO) für das summarische Verfahren kann die Rechtsöffnung in einem schriftlichen Verfahren (Art. 227 Abs. 1 und Art. 229 Abs. 1 ZPO) oder, sofern notwendig, in einem mündlichen Verfahren (Art. 227 Abs. 2, Art. 229 Abs. 2 und Art. 231 ZPO) durchgeführt werden. Wenn, wie vorliegend, von der Vorinstanz das schriftliche Verfahren gewählt worden ist, muss aber den Parteien, wie es im Übrigen das Obergericht praxisgemäss macht, der Abschluss des Schriftenwechsels mitgeteilt werden. Den Parteien wird so nicht nur Kenntnis über den Verfahrensstand gegeben, sondern dadurch auch angezeigt, dass eine allfällige Kostennote nun einzureichen ist (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 24.11.1997, OG Z 97 15, E. 3 [angefochten war ein Entscheid des Landgerichtspräsidiums Ursern]). Andernfalls wird den Parteien die gesetzlich vorgesehene

Möglichkeit zur rechtzeitigen Einreichung einer Kostennote in vielen Fällen, so auch dem vorliegenden, abgeschnitten. Gesagtes erhellt, dass sich damit der Rekurs teilweise als begründet erweist und insoweit gutzuheissen ist.

Nr. 5 Zivilprozessordnung. Art. 397e Ziff. 5 ZGB. Art. 109 Abs. 1 ZPO. Über die fürsorgerische Freiheitsentziehung für psychisch Kranke darf nur unter Beizug von Sachverständigen entschieden werden. Die Vorinstanz gab zur Entscheidungsfindung ein Sachverständigengutachten in Auftrag. Ist wie vorliegend die einzuweisende Person nicht begütert, rechtfertigt es sich, die Gutachterkosten aus Billigkeitsgesichtspunkten auf den Staat zu nehmen, zumal die einweisende Behörde (vorliegend Einwohnergemeinde) nicht Partei, sondern Vorinstanz ist und ihr grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden können.

Obergericht, 11. Mai 2009, OG Z 08 25

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- das Landgerichtspräsidium Uri mit in begründeter Form versandtem Entscheid vom 19. November 2008 erkannte, dass der durch die Einwohnergemeinde Göschenen am 3. Oktober 2008 angeordnete fürsorgerische Freiheitsentzug gegen X, (dannzumal) Göschenen, aufrecht erhalten bleibe und das Gesuch um Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung abgewiesen werde, die Gerichtskosten von Fr. 3'895.-- (Gerichtsgebühr Fr. 700.--, Kanzleigeühr und Barauslagen Fr. 205.--, Gutachterkosten Fr. 2'990.--) betragen und zulasten von X gehen;

- X am 24. November 2008, nachgebessert am 2. Dezember 2008, beim Obergericht des Kantons Uri dagegen Einsprache erhob, diese als Rekurs entgegengenommen wurde, X im Wesentlichen beantragt, dass er die Gerichtskosten nicht vollumfänglich zu tragen habe;
...

- vorliegend einzig die Gerichtskostenverlegung umstritten ist;

- das vorinstanzliche Verfahren sich nach der ZPO richtete (Art. 41 Abs. 3 EG/ZGB, Art. 8 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 1 Ziff. 19 Reglement über die Anwendung des summarischen Verfahrens bei bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten, RB 9.2231);

- die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 108 Abs. 2 ZPO und auf Thomas Geiser, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., 2006, N. 32 zu Art. 397d erwog (E. 7.1 des angefochtenen Entscheides), dass wenn nach der Natur des Begehrens eine Gegenpartei fehle, der Gesuchsteller (vorliegend Rekurrent) auch als obsiegende Partei die Kosten zu tragen habe, da nicht einzusehen sei, warum die Allgemeinheit die Last des Rechtsschutzes tragen soll, da die Einweisung des Gesuchstellers in die Klinik zu Recht erfolgt sei und zudem nach der Natur des Gesuchs eine Gegenpartei fehle, die Prozesskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen seien;

- aus der von der Vorinstanz angeführten Literaturstelle jedoch hervorgeht, dass bei begüterten Personen die Unentgeltlichkeit nicht zum Tragen kommen soll;

- aus den vorinstanzlichen Akten (VI-act. 1.8 und 1.16) ersichtlich ist, dass der Rekurrent keine begüterte Person ist, er von einer IV-Rente von ca. Fr. 1'500.-- - Fr. 2'500.-- im Monat lebt und Schulden von ca. Fr. 7'000.-- hat;

- der Richter die Prozesskosten nach Ermessen auferlegen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen (Art. 109 Abs. 1 ZPO), die ernerische Bestimmung sich an jenen der st. gallischen und der luzernischen Zivilprozessordnung orientiert (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur Zivilprozessordnung [ZPO], S. 52 [der dort angeführte § 120 EZPO/LU wurde dann zu § 121 ZPO/LU]), die Bestimmung dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gibt, um einzelfallgerechte Lösungen zu treffen (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N. 1 zu § 121) oder um (im Ergebnis gleich) bei besonderen Umständen nach Ermessen, d.h. nach Billigkeitsgesichtspunkten Prozesskosten zu verteilen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N. 1a zu Art. 266); eine Kostenverlegung nach Ermessen sich u.a. dann rechtfertigt, wenn das Gericht in Fällen mit Offizialmaxime von sich aus kostspielige Abklärungen zu treffen hatte (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N. 1b zu Art. 266);

- über die fürsorgerische Freiheitsentziehung für psychisch Kranke nur unter Beizug von Sachverständigen entschieden werden darf (Art. 397e Ziff. 5 ZGB), die Vorinstanz zur Entscheidfindung ein Sachverständigengutachten in Auftrag gab;

- wenn, wie vorliegend, die einzuweisende Person nicht begütert ist, es sich rechtfertigt, die Gutachterkosten aus Billigkeitsgesichtspunkten auf den Staat zu nehmen (Art. 109 Abs. 1 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N. 1b zu Art. 266), zumal die einweisende Behörde (vorliegend Einwohnergemeinde Göschenen) nicht Partei, sondern Vorinstanz ist und ihr grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden können (Thomas Geiser, a.a.O., N. 32 in fine zu Art. 397b);

- es sich aber vorliegend rechtfertigt, die Gerichtskosten gemäss Art. 104 Abs. 2 lit. a und c ZPO der eingewiesenen Person zu überbinden (Art. 108 Abs. 2 ZPO);

- Gesagtes erhellt, dass der Rekurs teilweise begründet und insoweit gutzuheissen ist, die Gutachterkosten in der Höhe von Fr. 2'990.-- zulasten des Staates, die vorinstanzlichen Entscheid- und Kanzleigebühren in der Höhe von Fr. 905.-- jedoch zulasten des Rekurrenten zu gehen haben;

Nr. 6 Familienrecht. Art. 137 Abs. 2, Art. 172 ff. ZGB. Mit der Einreichung der Scheidungsklage können Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr getroffen werden, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, bleiben während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft somit das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig. Mit der Einreichung des Vermittlungsgesuches und damit der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage entfällt demnach die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Getrenntlebens und somit zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen und an dessen Stelle tritt die Zuständigkeit des Scheidungs- bzw. Massnahmengerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB. Die Bemessung des vorsorglichen Unterhaltsanspruchs richtet sich nach Art. 125 ZGB.

Aus den Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller ist im vor Obergericht des Kantons Uri (Zivilrechtliche Abteilung) hängigen Berufungsverfahren OG Z 07 1 betreffend Ehescheidung Berufungskläger. Im Rahmen dieses Ehescheidungsverfahrens stellt er ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Es kann vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über Scheidungsfolgen fort dauert. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar. Unterhaltsbeiträge können für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden.

2. Im Verhältnis zwischen Eheschutzmassnahmen i.S.v. Art. 172 ff. ZGB und vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB können mit der Einreichung der Scheidungsklage Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr getroffen, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, bleiben während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft somit das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig (BGE 129 III 62, E. 3; Urs Gloor, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N. 4 zu Art. 137). Mit Einreichung des Vermittlungsgesuchs und damit Rechtshängigkeit der Scheidungsklage (vgl. Art. 189 Abs. 1 ZPO) entfällt demnach die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Getrenntlebens und somit zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen und an dessen Stelle tritt die Zuständigkeit des Scheidungs- bzw. Massnahmegerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB.

3. Gemäss Art. 137 Abs. 2 Satz 2 ZGB kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über Scheidungsfolgen fort dauert. Möglich sind der Erlass oder die Abänderung vorsorglicher Massnahmen demnach auch in den Fällen, in denen wie vorliegend die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist (seit 27.02.2007), die Parteien jedoch infolge Teilrechtskraft über die Scheidungsfolgen - namentlich den nahehelichen Unterhalt - noch prozessieren (Urs Gloor, a.a.O., N. 2 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 5 zu Art. 137; Botschaft über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15.11.1995, S. 137). Für die vom Gesuchsteller beantragte Abänderung des gemäss Eheschutzentscheides vom 15. Januar 2002 (LGP 01 190) an die Gesuchsgegnerin zu leistenden Unterhaltsbeitrages ist folglich nicht mehr das Eheschutzgericht, sondern das Scheidungs- bzw. Massnahmegericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB zuständig.

4. Gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. a ZPO entscheidet der Präsident des zuständigen Gerichts im summarischen Verfahren über vorsorgliche Massnahmen nach dieser Verordnung und nach Bundesrecht. Gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung wird die Rechtsmittelinstanz mit der Einreichung der Rechtsmittelschrift zuständiges Gericht. Das Präsidium der zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichtes des Kantons Uri ist somit zuständig zur Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB.

5. Wie vorerwähnt (E. 2), bleiben Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Anordnungen des Eheschutzgerichts erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, eine Abänderung durch vorsorgliche Massnahmen ist jedoch möglich (Urs

Gloor, a.a.O., N. 15 zu Art. 137). Dem Scheidungs- bzw. Massnahmerichter ist es jedoch nicht gestattet, Anordnungen für den Zeitraum vor der Rechtshängigkeit der Scheidung zu treffen, da hierfür das Eheschutzgericht zuständig ist (BGE 129 III 62, E. 3). Der Gesuchsteller verlangt die Abänderung der Unterhaltsbeiträge (erst) auf den 1. März 2007 (d.h. nach Einreichung der Berufung vor Obergericht am 26.02.2007). Auf das Gesuch ist einzutreten.

6. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Juli 2007 wurde dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin vor Abschluss des Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt, innert 20 Tagen zu allen Aktenstücken und Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die nach Ablauf dieser Frist eingereichten Eingaben erfolgten somit ausserhalb des Schriftenwechsels und damit in prozessual unzulässiger Weise. Die Eingaben der Gesuchsgegnerin vom 12. November 2007 und des Gesuchstellers vom 15. und 23. November 2007 werden demnach aus dem Recht und den Akten gewiesen.

7. Ihrem Zweck entsprechend müssen vorsorgliche Massnahmen in einem raschen Verfahren und ohne abschliessende Beurteilung der Rechtslage erlassen werden. Sie haben demnach im Rahmen eines summarischen Verfahrens zu ergehen (s. Art. 14 Abs. 2 lit. a ZPO; Art. 221 ZPO i.V.m. Art. 1 I b Ziff. 5 Reglement über die Anwendung des summarischen Verfahrens bei bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten [RB 9.2231] und Art. 227 ff. ZPO). Von Bundesrechts wegen gilt freie richterliche Beweiswürdigung. Tatsachenbehauptungen müssen zumindest glaubhaft gemacht werden (Urs Gloor, a.a.O., N. 18 zu Art. 137; Marcel Leuenberger, in FamKomm, Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], Scheidung, N. 55 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 22 ff. zu Art. 137). Das Bundesrecht bestimmt hingegen nicht, ob für vorsorgliche Massnahmen über die vermögensrechtlichen Belange zwischen den Ehegatten (für Kinderbelange gilt die Oficialmaxime) die Dispositions- oder die Oficialmaxime gilt. Dies ist vielmehr Sache des kantonalen Rechts. Dieses entscheidet auch darüber, ob der Sachverhalt von den Parteien i.S. der Verhandlungsmaxime glaubhaft zu machen ist oder ob die Untersuchungsmaxime gilt (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 19 zu Art. 137). Die ernerische Prozessordnung sieht in Art. 52 ZPO diesbezüglich den Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz vor.

8. Eine Aufhebung oder Abänderung eheschutzrichterlicher Massnahmen durch den Scheidungsrichter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ist zulässig, wenn seit Erlass der Eheschutzmassnahme die tatsächlichen Verhältnisse sich wesentlich und dauernd verändert haben oder wenn der Eheschutzrichter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Hingegen ist die Wiedererwägung bloss aufgrund abweichender Würdigung des bekannten Prozessstoffes dem Massnahmerichter versagt (vgl. SJZ 1986 S. 99). Eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse ist bei beachtlichen neuen Bedürfnissen oder einer veränderten Zielsetzung zu bejahen. Blosser Unzweckmässigkeit der Eheschutzmassnahmen reicht nicht aus (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N. 17 zu Art. 179).

a) Bei der Frage, ob eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, die eine Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen rechtfertigen würde, ist auch zu berücksichtigen, nach welchen Kriterien ein Unterhaltsbeitrag im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu bemessen ist. Art. 137 Abs. 2 Satz 3 ZGB erklärt die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft für sinngemäss anwendbar. Für die (vorläufige) Bemessung eines eheschutzrechtlichen Unterhaltsbeitrages ist demnach weiterhin Eherecht (Art. 163 ZGB) und nicht der gemäss Art. 125 ZGB nahehelich geschuldete Unterhalt i.S. einer Prognose massgebend. Die Botschaft Scheidungsrecht will dies auch bei Vorliegen der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils so sehen, also wenn die Ehe bereits aufgelöst ist und über den nahehelichen Unterhalt weiter prozessiert wird (Botschaft, a.a.O., S. 137). Sachgerechter dürfte es jedoch bei Vorliegen der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt sein, den

vorsorglichen Unterhaltsanspruch gestützt auf Art. 125 ZGB und nicht Art. 163 ZGB zu bemessen, da die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist, es sich der Sache nach demnach um nachehelichen Unterhalt handelt (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 44 zu Art. 137; Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 14 zu Art. 137). In einem das Eheschutzverfahren betreffenden Entscheid hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass in den Fällen, in denen mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist, es sachgerecht erscheint, bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage nach der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzubeziehen (BGE 128 III 68). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auf das Scheidungsverfahren ausgedehnt (BGE 130 III 542). Bei Teilrechtskraft im Scheidungspunkt muss diese Rechtsprechung umso mehr gelten, da die Ehe bereits aufgelöst ist (Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 14 zu Art. 137 m.H.). Aufgrund dieser Überlegungen halten es Lehre und Rechtsprechung für zulässig, die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge zu verweigern, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Endurteil kein Unterhaltsbeitrag nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist (Urs Gloor, a.a.O., N. 10 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 46 zu Art. 137; ZR 2001 Nr. 4 E. 2.1).

b) Bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen darf demnach insbesondere bei bereits eingetretener Rechtskraft im Scheidungspunkt (wie vorliegend) durchaus auch eine gewisse Prognose hinsichtlich des Endurteils eine Rolle spielen. Im Urteil der Vorinstanz vom 31. August/19. Dezember 2006 wurde der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag i.S.v. Art. 125 ZGB von monatlich Fr. 700.-- bis zu deren Eintritt ins Rentenalter zu bezahlen. Gegen dieses Urteil hat lediglich der Gesuchsteller Berufung eingelegt, weshalb mit Rücksicht auf das Verbot der Schlechterstellung (s. auch Art. 52 Abs. 2 ZPO) im Urteil in der Hauptsache der Gesuchsgegnerin kein höherer nachehelicher Unterhaltsbeitrag als Fr. 700.-- zugesprochen werden kann. Dies darf gemäss vorerwähnter Lehre und Rechtsprechung bei der vorliegend vorzunehmenden Beurteilung einer vorsorglichen Massnahme berücksichtigt werden. Gleichzeitig liegt darin eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, waren die Parteien zum Zeitpunkt des Erlasses der Eheschutzmassnahmen doch noch nicht rechtskräftig geschieden und hatte sich die Bemessung des Unterhaltsbeitrages somit nach Eherecht und damit nach Art. 163 ZGB zu richten, während sich der vorliegend zu bestimmende vorsorgliche Unterhaltsanspruch als nach Art. 125 ZGB festzulegender nachehelicher Unterhalt darstellt. Aufgrund dieser Veränderung der Verhältnisse erscheint vorliegend eine Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen bezüglich Unterhalt angezeigt.

9. Die Bemessung des vorsorglichen Unterhaltsanspruchs hat sich, wie festgestellt (E. 7), nach Art. 125 ZGB zu richten. Gestützt darauf und unter Berücksichtigung des Verbots der Schlechterstellung sowie dem Umstand, dass eine Rückforderung von im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen auch bei Verneinen eines nachehelichen Unterhalts im Urteil in der Hauptsache nicht möglich ist (Urs Gloor, a.a.O., N. 10 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 41 zu Art. 137), ist die obere Grenze des vorsorglichen Unterhaltsbeitrages auf Fr. 700.-- monatlich anzusetzen. Zumal einerseits der Gesuchsteller selbst davon ausgeht, dass im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ein Höchstbetrag von monatlich Fr. 700.-- an Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen festgelegt werden darf (act. 2.1 S. 3 Ziff. 4 und act. 2.3 S. 2 Ziff. 5) und andererseits unter Berücksichtigung der Prognose hinsichtlich des Endurteils, wie vorerwähnt (E. 8a und b), im Urteil in der Hauptsache (OG Z 07 1) gleichen Datums, der Gesuchsteller verpflichtet wurde der Gesuchsgegnerin (bis zu deren Eintritt ins AHV-Rentenalter) einen Unterhaltsbeitrag i.S.v. Art. 125 ZGB von Fr. 681.75 zu zahlen. Somit rechtfertigt sich, auch berücksichtigend, dass vorliegend das summarische Verfahren zur Anwendung kommt, die Festsetzung eines vorsorglichen Unterhaltsbeitrags des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin von monatlich Fr. 700.-- für die Zeit des laufenden Verfahrens betreffend die noch vor Obergericht angefochtenen Scheidungsfolgen.

In Bezug auf die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB wird festgehalten, dass der Abänderungsentscheid grundsätzlich nur für die Zukunft wirkt. Die frühere Massnahme kann nicht rückwirkend aufgehoben oder modifiziert werden. Entscheide, welche die Unterhaltsbeiträge abändern, können jedoch nach Ermessen des Massnahmegerichts auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs zurückbezogen werden. Eine weitergehende Rückwirkung kommt nur ausnahmsweise aufgrund schwerwiegender Gründe und Gerechtigkeitsüberlegungen in Betracht (Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 18 zu Art. 137 m.H.). Dies gilt auch für die Abänderung eheschutzrichterlicher Massnahmen durch den Scheidungs- bzw. Massnahmerichter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Da keine schwerwiegende Gründe ersichtlich sind, die eine weitergehende Rückwirkung rechtfertigen würden, ist auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zum Erlass vorsorglicher Massnahmen abzustellen. Demnach hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin rückwirkend per 1. Juli 2007 einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 700.-- für die Zeit des laufenden Verfahrens betreffend die noch vor Obergericht angefochtenen Scheidungsfolgen zu bezahlen.

Nr. 7 Familienrecht. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Eine Änderung der eigenen Lebensführung ohne das Einverständnis des Partners ist grundsätzlich unzulässig, wenn dadurch dem anderen Ehegatten ein höherer Beitrag an die Familie zugemutet wird. Ist eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit zunehmend an Bedeutung. Dann erscheint es sachgerecht, bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzubeziehen. In concreto verfügt die Rekurrentin über zwei berufliche Abschlüsse. Sie ist ausgebildete medizinische Praxisassistentin und absolvierte eine Zusatzausbildung zur Bioresonanztherapeutin. Selbst wenn der Rekurrentin durch den Arbeitgeber gekündigt worden wäre, für welchen Umstand jedoch kein rechtsgenügender Beweis vorliegt, so wäre der Gang in die Selbstständigkeit auch vorliegend nicht der einzige Weg gewesen, um ein ausreichendes Einkommen zu erzielen.

Obergericht, 2. Oktober 2008, OG Z 07 14

Aus den Erwägungen:

3. Die selbstständig erwerbstätige Rekurrentin rügt die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Sie habe ihr früheres Anstellungsverhältnis nicht freiwillig aufgegeben resp. freiwillig ihr Einkommen vermindert. Das Anstellungsverhältnis zwischen der Rekurrentin und X sei schon seit geraumer Zeit rein formaler Natur gewesen. Der Übergang in die Selbstständigkeit habe sich förmlich aufgedrängt. Es habe für X kein Bedarf mehr gegeben, die Rekurrentin in seiner Praxis als medizinische Praxisassistentin (MPA) zu beschäftigen. Es habe sowohl seitens von X, als auch seitens der Rekurrentin die Absicht bestanden, durch Übertritt in die berufliche Selbstständigkeit mit der Zeit das Einkommen der Rekurrentin deutlich zu verbessern. Die Rekurrentin sei seit Jahren nicht mehr als MPA tätig gewesen. Auch aufgrund ihres Alters und des diesbezüglich ausgetrockneten Marktes hätte sie keine solche Anstellung mehr gefunden.

4. a) Bei der Festsetzung von Geldbeträgen des einen Ehegatten an den anderen nach Art. 176 Abs.1 Ziff. 1 ZGB geht der Richter grundsätzlich von den bisherigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen aus, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben (Art. 163 Abs. 2 ZGB) (BGE 128 III 67 E. 4a). Eine Änderung der eigenen Lebensführung ohne das Einverständnis des Partners ist grundsätzlich unzulässig, wenn dadurch dem anderen Ehegatten ein höherer Beitrag an die Familie zugemutet wird (BGE

119 II 317 E. 4a). Ist eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit zunehmend an Bedeutung. Dann erscheint es sachgerecht, bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB) mit einzubeziehen. Ob eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen ist, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang deren Wiederaufnahme oder Ausdehnung zumutbar ist, hängt damit vor allem von Alter und Gesundheit der Ehegatten, ihrem Einkommen und Vermögen, von Umfang und Dauer der noch zu leistenden Betreuung der Kinder, aber auch von der beruflichen Ausbildung und den Erwerbsaussichten der Ehegatten ab; massgeblich ist schliesslich der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person (Art. 125 Abs. 2 ZGB) (BGE 128 III 68 E. 4a).

b) Ist eine Erwerbstätigkeit für einen oder beide Ehegatten zumutbar, bestimmt sich diese nach dem, was in guten Treuen an Einkommen zu erzielen ist und nicht danach, was tatsächlich an Einkommen erzielt wird (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N. 20 zu Art. 176 ZGB). Die Anrechnung eines höheren (hypothetischen) Erwerbseinkommens drängt sich auf, falls und soweit der Ehegatte bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er tatsächlich verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben (BGE 128 III 5 E. 4a). Auf ein entsprechendes hypothetisches Einkommen abzustellen, rechtfertigt sich insbesondere, wenn eine Partei ihr Einkommen freiwillig vermindert hat (BGE 119 II 317 E. 4a).

5. a) Die Rekurrentin verfügt über zwei berufliche Abschlüsse. Sie ist ausgebildete medizinische Praxisassistentin (MPA) und absolvierte eine Zusatzausbildung zur Bioresonanztherapeutin. Als solche war sie zum massgeblichen Zeitpunkt (20.06.2007) selbstständig erwerbstätig. Die Rekurrentin ist gemäss Aufstellung des Rekursgegners vom 28. Februar 2007 über die Kantons-, Gemeinde- und die direkten Bundessteuern in den letzten 13 Jahren immer berufstätig gewesen, wenn auch in unterschiedlichen Teilzeitpensen. Zuletzt arbeitete sie als MPA und nach der entsprechenden Ausbildung auch als Bioresonanztherapeutin in der Praxis von X. Im Juni 2006 machte sie sich als Bioresonanztherapeutin selbstständig. Die Rekurrentin führt aus, sie habe ihre Anstellung nicht freiwillig aufgegeben und machte im Verfahren geltend, sie sei gezwungen gewesen sich selbstständig zu machen, um mit der Zeit eine genügende wirtschaftliche Selbstständigkeit erlangen zu können. Dies vermag nicht zu überzeugen. Selbst wenn der Rekurrentin gekündigt worden wäre, für welchen Umstand jedoch kein rechtsgenügender Beweis vorliegt, so wäre der Gang in die Selbstständigkeit auch vorliegend nicht der einzige Weg gewesen, um ein ausreichendes Einkommen zu erzielen.

Des Weiteren liegen keine überzeugenden Anhaltspunkte vor, weshalb es der Rekurrentin nicht zumutbar sein sollte, ein ihren Unterhalt gebührend deckendes Einkommen zu erzielen. Sie ist gut ausgebildet und arbeitete während der vergangenen Jahre regelmässig. Das Gericht anerkennt, dass es schwierig sein könnte, als Bioresonanztherapeutin eine Anstellung zu finden. Die Rekurrentin ist jedoch auch ausgebildete MPA und war als solche bis Ende Mai 2006 in der Arztpraxis von X angestellt. Auch wenn sie während dieser Anstellung die Ausbildung zur Bioresonanztherapeutin absolvierte, so arbeitete sie zumindest teilweise weiterhin als MPA, so dass sie immer noch über eine grosse aktuelle Berufserfahrung verfügte. Fehlgeschlagene Bemühungen um eine (neue) Anstellung als MPA sind nicht dokumentiert. Die Rekurrentin war zudem zum massgeblichen Zeitpunkt erst 49-jährig und hatte bis zur Erreichung des ordentlichen Pensionsalters noch 15 Jahre Erwerbstätigkeit vor sich. Sie ist gesund und 100% arbeitsfähig. Kinderbetreuungspflichten hat sie keine mehr, die beiden Töchter sind erwachsen. Es erscheint denn auch durchaus zumutbar, dass die Rekurrentin zur Deckung ihrer Unterhaltskosten ihre selbstständige Erwerbstätigkeit steigert oder aufgibt und in eine

besser entlohnte unselbstständige Anstellung wechselt. Der Rekurrentin ist daher ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

b) Die Vorinstanz hat der Rekurrentin statt des tatsächlich durch die selbstständige Erwerbstätigkeit erzielten Einkommens von Fr. 1'778.80, ein hypothetisches Monatseinkommen von Fr. 4'320.-- angerechnet. Bezüglich der Höhe des angerechneten hypothetischen Einkommens macht die Rekurrentin geltend, dass dieses Fr. 700.-- über dem empfohlenen Grundlohn für MPA's liegen würde. Die Vorinstanz hat das hypothetische Einkommen der Rekurrentin anhand der Steuererklärungen für die Jahre 2004 und 2005 ermittelt. Die Lohnempfehlung für eine MPA beträgt im Kanton Uri für das Jahr 2007 Fr. 3'600.--. Hinzuzurechnen ist eine Dienstalterzulage gemäss Qualifikationsgespräch von Fr. 100.--. Aufgrund der Erfahrung der Rekurrentin ist davon auszugehen, dass sie bei einer Neuanstellung als MPA nicht beim Grundlohn eingestuft würde, sondern entsprechend höher. Der Lohnstrukturerhebung (LSE) 2006 des Bundesamtes für Statistik ist zu entnehmen, dass eine Frau im Gesundheitswesen im privaten Sektor mit Berufs- und Fachkenntnissen (Anforderungsniveau 3) monatlich durchschnittlich Fr. 5'475.-- verdient. Das durch die Vorinstanz ermittelte Einkommen liegt somit zwischen dem Wert nach den Lohnempfehlungen für MPA und dem Wert der LSE-Tabelle. Daher ist das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen in der Höhe von Fr. 4'320.-- nicht zu beanstanden.

Nr. 8 Familienrecht. Art. 176 Abs. 3 ZGB. Das Eheschutzgericht trifft die nötigen Massnahmen, sofern die Ehegatten unmündige Kinder haben. Der Unterhaltsbeitrag ist grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes geschuldet, die entsprechende Pflicht kann unter den Voraussetzungen von Art. 277 Abs. 2 ZGB über die Mündigkeit hinaus andauern. Mit der Mündigkeit entfällt die Zuständigkeit des Eheschutzgerichtes. Der Eheschutzrichter darf demnach dem Kind bzw. einem Elternteil für ein Kind, das zu diesem Zeitpunkt bereits mündig ist, keinen Unterhaltsbeitrag zusprechen, selbst wenn im Lichte von Art. 277 Abs. 2 ZGB ein solcher geschuldet sein sollte. Vielmehr hat ein mündiges Kind, falls die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, selbstständig gegen den oder die unterhaltspflichtige(n) Eltern(teil) vorzugehen. Der Bedarf mündiger Kinder darf auch nicht (mehr) zum Gesamt- bzw. Familienbedarf gerechnet werden und zwar selbst dann nicht, wenn dieselben (noch) bei einem Elternteil leben.

Obergericht, 24. September 2008, OG Z 07 9

Aus den Erwägungen:

3. Der Rekurrent macht betreffend die Unterhaltsbeiträge an Tochter X im Wesentlichen geltend, dass der von ihm geleistete monatliche Unterhaltsbeitrag von Fr. 380.-- in vollem Umfang anzurechnen sei.

Umstritten ist die Bedarfsberechnung ab dem 1. Dezember 2006 (s. Dispositiv-Ziff. 2 angefochtener Entscheid). Die Tochter X ist seit dem 22. November 2005 volljährig. Gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB trifft das (Eheschutz-) Gericht die nötigen Massnahmen, sofern die Ehegatten unmündige Kinder haben (s. dazu Hausheer/Reusser/Geiser, in Berner Kommentar, Band II, Bern 1999, N. 41 zu Art. 176 m.H.; Ivo Schwander, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N. 11 zu Art. 176; ZR 2001 Nr. 49 E. II/3.2c). Der Unterhaltsbeitrag ist grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes geschuldet, die entsprechende Pflicht kann aber unter den Voraussetzungen von Art. 277 Abs. 2 ZGB über die Mündigkeit hinaus andauern. Mit der Mündigkeit entfällt indessen die Zuständigkeit des Eheschutzgerichtes (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 51 zu Art. 176). Der

Eheschutzrichter darf demnach einem Kind resp. einem Elternteil für ein Kind, das zu diesem Zeitpunkt bereits mündig ist, keinen Unterhaltsbeitrag zusprechen, selbst wenn im Lichte von Art. 277 Abs. 2 ZGB ein solcher geschuldet sein sollte. Vielmehr hat ein mündiges Kind, falls die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, selbstständig gegen den oder die unterhaltspflichtige(n) Eltern(teil) vorzugehen. Dementsprechend darf der Bedarf mündiger Kinder auch nicht (mehr) zum Gesamt- bzw. Familienbedarf gerechnet werden, und zwar selbst dann nicht, wenn dieselben (noch) bei einem Elternteil leben (ZR 2001 a.a.O.; s. dazu auch BGE 132 III 209 = Pra 2007 Nr. 6).

Nr. 9 Markenschutz. Art. 2 lit. a, Art. 47 Abs. 1 MSchG. Wortmarke "Gotthard" und Wort-/Bildmarke "Gotthard" für "Brennstoffe (einschliesslich Motorentreibstoffe)". Als Gemeingut nach Art. 2 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind auch geografische Herkunftsangaben. Darunter fallen nach Art. 47 Abs. 1 MSchG direkte oder indirekte Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweise auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen. Jedem Produzenten muss es möglich sein, auf die Herkunft seiner Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen. Herkunftsangaben gelten daher solange als freihaltebedürftig, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich weitere Produzenten oder sonstige Anbieter im entsprechenden Gebiet niederlassen. Der Name "Gotthard" bezeichnet geografisch (zumindest auch) die Gotthardregion. Geografische Herkunftsangaben sind als Gemeingut vom Markenschutz ausgenommen, falls der entsprechende Ort als Herkunftsort der entsprechenden Produkte überhaupt in Frage kommt. Der Name "Gotthard" kann bspw. im Zusammenhang mit dem Brennstoff Holz ohne weiteres als Produktions-, Fabrikations- und Handelsort dieser Ware verstanden werden. Bejahung der Freihaltebedürftigkeit des Wortes "Gotthard" zur Bezeichnung von Brennstoffen. Die entsprechende Wortmarke ist nichtig. Bei der Wort-/Bildmarke "Gotthard" ist der Gesamteindruck ausschlaggebend. Bei der Wort-/Bildmarke ist der Schriftzug "Gotthard" das dominierende Element. Die Wort-/Bildmarke wird vom freihaltebedürftigen Begriff "Gotthard" geprägt und ist damit als Ganzes schutzunfähig. Die streitgegenständlichen Marken sind nichtig.

Obergericht, 23. Januar 2009, OG Z 08 4

(Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen, BGE 4A_324/2009 vom 08.10.2009)

Aus den Erwägungen:

4. Die Klägerin/Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin) verlangt im Wesentlichen, dass der Beklagten/Widerklägerin (nachfolgend Widerklägerin) verboten wird, das Wort "GOTTHARD" als Firmabestandteil zu benutzen. Sie, die Klägerin, sei Inhaberin der im Schweizer Markenregister eingetragenen Wortmarke "GOTTHARD". Die Eintragung erstreckte sich u.a. auf die in die Klasse 4 fallenden Waren "Brennstoffe (einschliesslich Motorentreibstoffe)".

Die Widerklägerin ihrerseits macht im Wesentlichen geltend, dass das Wort "GOTTHARD" zum Gemeingut i.S.v. Art. 2 lit. a MSchG gehöre und somit gar nicht schutzfähig sei und verlangt deshalb die Nichtigerklärung sowohl der Wortmarke "GOTTHARD" als auch der Wort-/Bildmarke "GOTTHARD".

Strittig ist somit im Wesentlichen die Schutzfähigkeit i.S. des MSchG des Wortes "GOTTHARD" im Zusammenhang mit "Brennstoffe (einschliesslich Motorentreibstoffe)".

a) Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Marken können insbesondere Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben sein (Art. 1 Abs. 2 MSchG). Die Marke soll den Verbraucher in die Lage versetzen, ein einmal geschätztes Produkt in der Menge des Angebots wiederzufinden. Die Marke ist somit - rechtlich betrachtet - ein Mittel zur positiven Auszeichnung (Individualisierung) der eigenen Waren oder Dienstleistungen. Allein diese Unterscheidungseignung resp. das Potenzial zur Identifikation des eigenen Angebotes im Wettbewerb mit Konkurrenzprodukten ist rechtlich geschützt (von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 551 m.H.).

b) Vom Markenschutz ausgeschlossen sind: Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Ware oder Dienstleistung durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2 lit. a MSchG). Mit dem Schutzausschlussgrund Gemeingut will der Gesetzgeber Fehlmonopolisierungen verhindern. Als Gemeingut gelten daher ganz allgemein diejenigen Zeichen, welche im Verkehr freihaltebedürftig sind oder welchen die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, um die markenspezifische Individualisierungsfunktion zu erfüllen. Vorbehalten bleibt der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung (von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O., N. 576). Als Gemeingut sind Zeichen anzusehen, die nicht zur Identifikation von Waren oder Dienstleistungen dienen können und vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden. Dabei kann unterschieden werden zwischen Zeichen, die ihres Inhaltes wegen (per se) nicht als Marke erkannt werden, und Zeichen, die aus anderen Gründen nicht oder nicht mehr als Marken aufgefasst werden. Zu jenen gehören alle beschreibenden Angaben wie insbesondere Sachbezeichnungen und Beschaffenheitsangaben, zu diesen die Freizeichen und die einfachen Zeichen. Alle diese Zeichen sind im Prinzip nicht monopolisierbar und daher vom Markenschutz ausgeschlossen; sie müssen dem Geschäftsverkehr zur freien Benützung reserviert bleiben. Sie werden deshalb Gemeingut genannt, weil sich ihrer jedermann bedienen kann (Lucas David, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, N. 5 zu Art. 2 MSchG). M.a.W.: Ein Zeichen ist dem Markenschutz nur zugänglich, wenn dem Schutz nicht ein absoluter Ausschlussgrund entgegensteht. Die absoluten Ausschlussgründe sind in der Natur der Marke begründet und dienen dem Schutz höherwertiger öffentlicher Interessen (Christoph Willi, MSchG, Zürich 2002, N. 1 zu Art. 2).

5. Als freihaltebedürftiges Gemeingut i.S.v. Art. 2 lit. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, die sich bspw. in einfachen Zahlen- oder Buchstabenkombinationen oder gebräuchlichen geometrischen Figuren oder in Angaben über die Beschaffenheit der gekennzeichneten Ware erschöpfen und daher die zur Identifikation von Waren oder Dienstleistungen erforderliche Kennzeichnungs- oder Unterscheidungskraft nicht aufweisen und vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden. Der beschreibende Charakter solcher Hinweise muss vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand unmittelbar erkennbar sein (BGE 128 III 457 f. E. 2.1 m.H.). Von beschreibendem Charakter und damit als Gemeingut nach Art. 2 MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind auch geografische Herkunftsangaben, d.h. "... Angaben ..., die im Verkehr zur Bezeichnung ... des Ursprungsortes der Erzeugnisse ... dienen können ...". Herkunftsangaben sind nach der Legaldefinition in Art. 47 Abs. 1 MSchG direkte oder indirekte Hinweise auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen. Jedem Produzenten muss es möglich sein, auf die Herkunft seiner Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen. Herkunftsangaben gelten daher solange

als freihaltebedürftig, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich weitere Produzenten oder sonstige Anbieter im entsprechenden Gebiet niederlassen. Unmittelbare Herkunftsangaben, also die Namen von Städten, Ortschaften, Talschaften, Regionen und Ländern, bilden daher Gemeingut und sind nicht eintragungsfähig (BGE 128 III 458 E. 2.1 m.H.). Nicht unter den Begriff der Herkunftsangabe fallen nach Art. 47 Abs. 2 MSchG geografische Namen und Zeichen, die von den massgebenden Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Zu diesen gehören insbesondere Namen und Bezeichnungen der folgenden sechs Gruppen (BGE 128 III 458 f. E. 2.1 in fine): Die Namen von Städten, Ortschaften, Talschaften, Regionen und Ländern, die den massgebenden Verkehrskreisen nicht bekannt sind und demzufolge als Fantasiezeichen und nicht als Herkunftsangabe verstanden werden, wie gemäss schweizerischer Rechtsprechung selbst Namen von inländischen Weilern oder Gemeinden z.B. die Marken "Solis" und "Carrera" (BGE 128 III 459 E. 2.1.1). Fantasiezeichen, die von den massgebenden Abnehmerkreisen - trotz bekanntem geografischem Gehalt - offensichtlich nicht als Hinweis auf die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung interpretiert werden, wie Galapagos für Fernsehgeräte, Congo für Schuhwische, Alaska für mentholhaltige Zigaretten, Südpol für Kühlschränke oder Ätna für Bunsenbrenner. Damit eine den massgebenden Verkehrskreisen bekannte geografische Angabe nicht als Herkunftsbezeichnung, sondern als schutzfähiger Fantasienamen aufgefasst wird, muss der Verwendung der geografischen Angabe in der Regel ein klar erkennbarer Symbolgehalt beigemessen werden können, sodass die Marke nicht zu einer Ideenverbindung zum betreffenden Land oder der Gegend führt. Einen solchen Symbolgehalt hat das Bundesgericht bspw. der Bezeichnung "Alaska" für mentholhaltige Zigaretten zugemessen, nicht aber - als Grenzfall - für Getränke (BGE 128 III 459 E. 2.1.2). In ähnlichem Sinne braucht eine bekannte geografische Angabe für den Verkehr nicht als Gemeingut freigehalten zu werden, wenn der entsprechende Ort oder die Gegend - in den Augen der massgeblichen Verkehrskreise - offensichtlich nicht als Produktions-, Fabrikations- oder Handelsort der damit gekennzeichneten Erzeugnisse oder entsprechend bezeichneter Dienstleistungen in Frage kommt. Daher dürfen die Namen von unbesiedelten Gebieten (z.B. Sahara) oder von Bergen, Seen und Flüssen grundsätzlich, d.h. für einen weiten Bereich von Waren, monopolisiert werden (BGE 128 III 459 f. E. 2.1.3). Typenbezeichnungen, die nicht die Meinung aufkommen lassen, das damit bezeichnete Erzeugnis stamme aus diesem Ort, wie z.B. Schlafzimmermodell Venedig, Telefonapparat Ascona (BGE 128 III 460 E. 2.1.4). Herkunftsangaben, die sich im Verkehr als Kennzeichen für ein einzelnes Unternehmen durchgesetzt haben (BGE 128 III 460 E. 2.1.5 m.H. auf BGE 125 III 202 "Budweiser" und 117 II 323 f. E. 3a "Valser"). Herkunftsbezeichnungen, die sich zu Gattungsbezeichnungen gewandelt haben und bei denen kein Bezug mehr zum betreffenden Ort hergestellt wird, wie z.B. "eau de Cologne", "Hamburger" oder "Wienerli" (BGE 128 III 460 E. 2.1.6).

6. Es darf vorliegend wohl als gerichtsnotorisch angesehen werden, dass der Name "GOTTHARD" praktisch von jedem Schweizer und jeder Schweizerin seit seiner bzw. ihrer Schulzeit als geografische Bezeichnung, nämlich als Name eines der berühmtesten Berge bzw. Bergmassivs der Schweiz bekannt ist und es sich dabei um einen der wichtigsten Alpenübergänge handelt. Der Name "GOTTHARD" kann im massgeblichen schweizerischen Verkehrskreis gar nicht als Fantasiebezeichnung verstanden werden. Die geografische Bezeichnung "GOTTHARD" ist nicht schutzfähig, weil sie als direkte geografische Herkunftsbezeichnung den massgebenden schweizerischen Verkehrskreisen bekannt ist und auch nicht als Fantasiebezeichnung, sondern eben als Herkunftsbezeichnung verstanden wird. Der Name "GOTTHARD" kann bspw. im Zusammenhang mit dem Brennstoff Holz ohne Weiteres als Produktions-, Fabrikations- und Handelsort dieser Ware verstanden werden. Würde ein in einem Grossverteiler verkauftes Bündel Holzscheite mit dem Namen "GOTTHARD" versehen, würde mit Bestimmtheit die grosse Mehrheit der Konsumenten und Konsumentinnen davon ausgehen, dass dieses Holz aus der Gotthardregion stammt. Auch nach Auffassung der Klägerin (s. auf deren Websites X und Y) bezeichnet der Name "GOTTHARD" nicht nur den eigentlichen Passübergang, sondern eine Alpenregion im

Herzen Europas, die die Zentralschweiz, das Tessin sowie angrenzende Gebiete des Wallis, des Berner Oberlandes, des Oberrheintales und Teile von Glarus mitumfasst. Das IGE führt in seinem an den Rechtsvertreter der Klägerin gerichteten Schreiben vom 28. August 2008 betreffend Beanstandungen im Rahmen der Markenprüfung 53702/2007 - GOTTHARD aus: "GOTTHARD ist die bekannte Bezeichnung des Bergmassivs auf Schweizer Boden auf der Grenze der Kantone Graubünden, Tessin, Wallis und Uri, benannt nach dem gleichnamigen St.-Gotthard-Pass (2108 MüM). Die Bezeichnung 'GOTTHARD' kann sowohl möglicher Inhalt von Waren, wie auch die Bezeichnung der Art und Besonderheit sowie der Herkunft von Rohwaren und Erzeugnissen sein als auch die Beschreibung des Ortes der Erbringung von Dienstleistungen darstellen." Zusammenfassend gelte, dass die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen zu den direkten (qualifizierten) Herkunftsangaben gehörten. Diese würden die geografische Herkunft eines Produkts eindeutig beschreiben und seien deshalb Gemeingut. Dies gilt jedoch nicht nur für die vom IGE am 28. August 2008 zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen, sondern nach Ansicht des Obergerichts auch für "Brennstoffe (einschliesslich Motorentreibstoffe)". Brennstoffe sind natürliche oder durch Veredelungsprozesse erhaltene Stoffe, die zur Erzeugung von Wärmeenergie durch Verbrennung, i.w.S. auch durch Kernspaltung oder -fusion dienen (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Band 4, Leipzig/Mannheim 2006). Zu den natürlichen Brennstoffen gehören Kohle, Erdöl, Erdgas, während zu den veredelten Brikett, Koks, Gas, Benzin und Heizöl gehören (Der Brockhaus in fünfzehn Bänden, 2. Aufl., Band 2, Leipzig/Mannheim 2002). Zum heutigen Zeitpunkt kann nicht ausgeschlossen werden, dass in der Gotthardregion z.B. auch der Brennstoff Erdgas gefunden wird. Hier würde der Name "GOTTHARD" (wie bei Holz) auf die geografische Herkunft der Brennstoffe hinweisen, was die Freihaltebedürftigkeit des Namens "GOTTHARD" als Herkunftsort bedingt. Geografische Herkunftsangaben sind wegen ihres beschreibenden Charakters und mangels (durch Verkehrsdurchsetzung überwindbarer) Unterscheidungskraft als Gemeingut vom Markenschutz ausgeschlossen, falls der entsprechende Ort, wie vorliegend, als Herkunftsort der entsprechenden Produkte überhaupt in Frage kommt (sic! 2004 S. 216 ff.).

Nr. 10 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 131 Abs. 3 und Art. 289 Abs. 2 ZGB. Art. 166 OR. Art. 81 Abs. 1 SchKG. Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt einer berechtigten Person auf, geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über. Dies gilt sowohl für den Ehegatten- als auch für den Kinderunterhalt. Der Übergang der Unterhaltsforderungen an das Gemeinwesen ist als Legalzession zu qualifizieren. Der Übergang ist Dritten gegenüber wirksam, ohne dass es einer besonderen Form oder auch nur einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf. In concreto lag neben der Legalzession auch eine rechtsgültige Abtretungserklärung vor. Die Rekurrentin war für die Geltendmachung der Unterhaltsforderungen nicht mehr aktivlegitimiert.

Obergericht, 17. Dezember 2008, OG Z 07 17

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- Sachlegitimation die Berechtigung des Klägers ist, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation) und zwar gegen den ins Recht gefassten Beklagten, der bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht und damit passiv legitimiert ist, die Prüfung der Legitimation frei und von Amtes wegen erfolgt (BGE 126 III 63 E. 1a; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006,

Kap. 7 N. 89); die Sachlegitimation fehlt, wenn der Anspruch nicht dem Kläger zusteht oder nicht dem Beklagten gegenüber besteht, der Entscheid über die fehlende Sachlegitimation durch Sachurteil erfolgt (Sachentscheid) und auf "Abweisung" der Klage lautet (Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 7 N. 90);

- die Identität des Betreibenden mit dem aus dem Urteil Berechtigten der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat (Daniel Staehelin, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 33 zu Art. 80; s. auch Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 169 m.H.);

- die Einwohnergemeinde Schattdorf die Rekurrentin (und die Kinder) seit August 2005 mit Sozialhilfeleistungen unterstützt (VI-act. 1.1);

- wenn das Gemeinwesen für den Unterhalt einer berechtigten Person aufkommt, der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen übergeht, dies sowohl für den Ehegatten- als auch für den Kinderunterhalt gilt (Art. 131 Abs. 3 und Art. 289 Abs. 2 ZGB);

- der Übergang der Unterhaltsforderungen an das Gemeinwesen i.S.v. Art. 131 Abs. 3 und Art. 289 Abs. 2 ZGB als Legalzession i.S.v. Art. 166 OR zu qualifizieren ist (Peter Breitschmid, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., 2006, N. 9 f. zu Art. 289);

- danach der Übergang Dritten gegenüber wirksam ist, ohne dass es einer besonderen Form oder auch nur einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf (Art. 166 OR);

- die Rekurrentin ausserdem am 8. August 2005 gegenüber der Einwohnergemeinde Schattdorf eine Abtretungserklärung unterzeichnet hat (VI-act. 1.3), wonach Vorschussleistungen, unter die auch Unterhaltsleistungen zu subsumieren sind, direkt durch den Sozialrat Schattdorf geltend gemacht werden könnten (s. auch Art. 32 Abs. 1 Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, Sozialhilfegesetz, RB 20.3421);

- damit neben der vorerwähnten Legalzession auch eine rechtsgültige Abtretungserklärung bezüglich der Unterhaltsforderungen vorliegt, die Rekurrentin demnach für die vorliegende Geltendmachung nicht mehr aktiv legitimiert ist;

- Gesagtes erhellt, dass der Rekurs somit unbegründet und unter Bestätigung des angefochtenen Entscheides des Landgerichtspräsidiums Uri vom 17. August 2007 abzuweisen ist;

Nr. 11 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 81 Abs. 1 SchKG. "Seit Erlass des Urteils" meint seit dessen Fällung und nicht seit dessen Rechtskraft. Unter Urteilsfällung ist der Zeitpunkt (Tag) zu verstehen, an dem alle mitwirkenden Richter, allenfalls die Mehrheit, sei es anlässlich einer mündlichen Beratung, sei es auf dem Zirkulationsweg, dem Referat zugestimmt haben. Es kann zwar vorkommen, dass die Sache nach Abschluss einer ersten Zirkulation intern nochmals beraten wird, in welchem Fall das Urteil nach der ersten Zirkulation noch nicht gefällt ist. Wird allerdings - wie vorliegend - das Dispositiv ausgefertigt, und insoweit das Urteil (schriftlich) verkündet, gilt es als mit dem darin aufgeführten Datum gefällt bzw. erlassen.

Bundesgericht, 20. November 2008, 5A_673/2008

(Das Bundesgericht wies eine gegen den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Uri vom 16.05.2008, OG Z 08 7, erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab, soweit es darauf eintrat)

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

2.

2.1 Zunächst rügen die Beschwerdeführer wie bereits vor dem Obergericht, die Verzichtserklärung vom 7. April 2007 könne im Rechtsöffnungsverfahren von vornherein nicht berücksichtigt werden, weil nach Art. 81 Abs. 1 SchKG die definitive Rechtsöffnung nur dann nicht erteilt werden könne, wenn der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld "seit Erlass des Urteils" getilgt oder gestundet worden ist. Das Sachurteil sei erst nach der Zustellung der Urteilsbegründung am 25. Juni 2007 in Rechtskraft erwachsen. Mithin sei der Verzicht auf die Forderung vor Erlass des Urteils erfolgt, weshalb dieser im Rechtsöffnungsverfahren nicht berücksichtigt werden könne.

2.2 Die Vorinstanz erwog, dass mit "Erlass des Urteils" nicht der Zeitpunkt der Rechtskraft gemeint sei; es genüge, wenn die Beschwerdeführer die Verzichtserklärung in Kenntnis des Entscheides im Dispositiv abgegeben haben. Deshalb sei die Verzichtserklärung nicht zu früh abgegeben worden, selbst wenn der begründete Entscheid erst später zugestellt worden sei.

2.3

2.3.1 Die Literatur hat sich verschiedentlich zur Bedeutung der in Art. 81 Abs. 1 SchKG aufgeführten Wendung "seit Erlass des Urteils" geäußert. Nach STAEHELIN (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 1998, N. 5 zu Art. 81 SchKG) ist derjenige Zeitpunkt massgebend, bis zu dem die Tilgung, Stundung oder Verjährung im Erkenntnisverfahren noch berücksichtigt werden konnte. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997, N. 5 zu Art. 81 SchKG) stellen nicht auf den Zeitpunkt der Rechtskraft, sondern derjenigen der Urteilsfällung ab. Die zitierten Autoren führen an den angegebenen Stellen übereinstimmend aus, dass die Tilgung bzw. Stundung nur dann nicht mehr zu berücksichtigen ist, wenn sie schon im Verfahren, das zum Rechtsöffnungstitel führte, vom Schuldner hätten vorgebracht werden können. Was der von den Parteien beigezogene Gutachter dagegen vorbringt, ist nicht schlüssig, geht es doch ihm im Wesentlichen darum, nachträgliche Rückforderungsprozesse nach Art. 86 SchKG zu verhindern.

2.3.2 Hintergrund der Regelung von Art. 81 Abs. 1 SchKG ist, dass "le poursuivi peut se libérer en établissant, par titre, que sa dette a cessé d'exister ou d'être exigible après le moment où le moyen libératoire a cessé d'être opposable dans la procédure qui conduit à la décision portant condamnation à payer..." (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band I, 1999, N. 44 zu Art. 81 SchKG). Befreiende Einreden des Schuldners können im Verfahren, das zum Rechtsöffnungstitel führt, spätestens dann nicht mehr erhoben werden, wenn das Urteil gefällt ist. Es ist daher folgerichtig, wenn JAEGER (Schuldbetreibung und Konkurs 3. Aufl. 1911, N. 9 zu Art. 81 SchKG) schreibt, "seit Erlass des Urteils" meine seit dessen Fällung und nicht seit dessen Rechtskraft. Unter Urteilsfällung ist der Zeitpunkt (Tag) zu verstehen, an dem alle mitwirkenden Richter, allenfalls die Mehrheit, sei es anlässlich einer mündlichen Beratung, sei es auf dem Zirkulationsweg, dem Referat zugestimmt haben. Es kann zwar vorkommen, dass die Sache nach Abschluss einer ersten Zirkulation intern nochmals beraten wird, in welchem Fall das Urteil nach der ersten Zirkulation noch nicht gefällt ist. Wird allerdings – wie vorliegend – das Dispositiv ausgefertigt, und insoweit das Urteil (schriftlich) verkündet, gilt es als mit dem darin aufgeführten Datum gefällt bzw. erlassen. Mit der Berücksichtigung der am 7. April 2007 abgegebenen Verzichtserklärung hat die Vorinstanz somit kein Bundesrecht verletzt; die diesbezügliche Rüge erweist sich als unbegründet.

B Straf- und Strafprozessrecht

Nr. 12 Strafprozessordnung. Art. 5 Ziff. 4 EMRK. Art. 31 Abs. 4 BV. Art. 117 StPO. Im Gegensatz zu den Fällen der Anordnung von strafprozessualer Haft ist für die Verlängerung der Haft oder für die Prüfung eines Entlassungsgesuchs keine Vorführung vor den Richter bzw. keine mündliche Anhörung und keine Haftprüfungsverhandlung vorgeschrieben. Es besteht kein grundrechtlicher Anspruch auf eine persönliche Anhörung. Für die Annahme von Fluchtgefahr braucht es eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich der Angeschuldigte, wenn er in Freiheit wäre, der Strafverfolgung und dem Vollzug der Strafe durch Flucht entziehen würde. Die gesamten, konkreten Verhältnisse sind in Betracht zu ziehen. Es müssen konkret Gründe dargetan werden, die eine Flucht nicht nur als möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lassen. In concreto das Vorliegen solcher Gründe verneint.

Bundesgericht, 26. August 2009, 1B_201/2009

(Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde in Strafsachen gegen den Entscheid des Oberberichtspräsidiums des Kantons Uri vom 16.06.2009, OG SP 09 1, teilweise gut, soweit es darauf eintrat.)

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

3. Weiter rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht als Verletzung von Art. 5 Ziff. 3 EMRK, dass sie nicht mündlich angehört worden ist.

Art. 5 Ziff. 3 EMRK verlangt, dass jede in strafprozessualer Haft gehaltene Person unverzüglich einem Richter oder einem andern gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt wird. In gleicher Weise räumt Art. 31 Abs. 3 BV jeder Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, einen Anspruch darauf ein, unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden. Im Gegensatz zu solchen Fällen der Anordnung von strafprozessualer Haft schreiben Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 31 Abs. 4 BV für die Verlängerung der Haft oder für die Prüfung eines Entlassungsgesuchs keine Vorführung vor den Richter bzw. keine mündliche Anhörung und keine Haftprüfungsverhandlung vor (vgl. BGE 126 I 172 E. 3b S. 175; 125 I 113 E. 2a S. 115; je mit Hinweisen). Die unterschiedliche Verfahrensausgestaltung hängt damit zusammen, dass eine erstmalige Haftanordnung den Betroffenen aus seinen gewohnten Lebensumständen herausreisst und daher eine persönliche Anhörung erfordert.

Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin am 2. Juni 2009 von der stellvertretenden Vorsitzenden der strafrechtlichen Abteilung befragt und angehört (vgl. Art. 114 der Strafprozessordnung vom 29. April 1980 des Kantons Uri; StPO). Damit ist dem erwähnten Anspruch nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV im Hinblick auf die Haftverfügung vom 2. Juni 2009 genüge getan worden. In Bezug auf die Fortsetzung des Verfahrens mit dem Haftentlassungsgesuch vom 8. Juni 2009, der weiteren Stellungnahme vom 10. Juni 2009 und dem Erlass des angefochtenen Entscheides vom 16. Juni 2009 bestand nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 31 Abs. 4 BV, wie dargetan, kein grundrechtlicher Anspruch auf eine persönliche Anhörung. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass eine persönliche Anhörung nach kantonalem Verfahrensrecht hätte vorgenommen werden müssen. Überdies vermag sie nicht zu belegen, dass in entsprechender und vergleichbarer Situation praxisgemäss stets eine mündliche Verhandlung und Anhörung stattfindet und sie deshalb rechtsungleich behandelt worden sei. Schliesslich rügt sie vor Bundesgericht nicht, dass die Befragung am 2. Juni 2009 ohne Anwesenheit ihres amtlichen Rechtsvertreters

stattgefunden hat und sie in Bezug auf die Frage der Fluchtgefahr nicht sachdienlich befragt worden ist. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkte als unbegründet.

4.

4.1 Art. 107 StPO sieht die Möglichkeit von strafprozessualer Haft vor, wenn ein dringender Verdacht der Begehung eines Verbrechens oder schweren Vergehens besteht und soweit bestimmte Anhaltspunkte für Flucht-, Verdunkelungs- oder Fortsetzungsgefahr bestehen. Anstelle der Haft können gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO eine Sicherheitsleistung oder freiheitsbeschränkende Massnahmen (Pass- und Schriftensperre, Aufenthaltsbeschränkung) angeordnet werden. Die Auslegung und Anwendung von solchen Bestimmungen des massgeblichen kantonalen Strafprozessrechts prüft das Bundesgericht bei Beschwerden, die sich auf Art. 10 Abs. 2 oder Art. 31 BV berufen, in Anbetracht der Schwere des Grundrechtseingriffs mit freier Kognition. Soweit jedoch reine Sachverhaltsfragen und damit Fragen der Beweiswürdigung zu beurteilen sind, greift das Bundesgericht nach Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 BGG nur ein, wenn die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung beruhen (BGE 135 I 71 E. 2.5 S. 73).

Die Beschwerdeführerin stellt die Möglichkeit der Anordnung von Sicherheitshaft im Sinne der Strafprozessordnung für sich nicht in Frage. Sie legt trotz ihrer Rüge der willkürlichen Sachverhaltsermittlung nicht dar, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt haben soll. Sie beanstandet nicht die eigentlichen Sachverhaltsfeststellungen, sondern vielmehr die Folgerungen, die aus einzelnen Aussagen und Gegebenheiten gezogen worden sind. Dies betrifft die materielle Frage der Fluchtgefahr. Zur Hauptsache bestreitet die Beschwerdeführerin denn auch das Vorliegen von Fluchtgefahr und erachtet die Fortführung der bisherigen Meldepflicht zur Sicherung eines allfälligen Strafvollzuges als ausreichend.

4.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts braucht es für die Annahme von Fluchtgefahr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich der Angeschuldigte, wenn er in Freiheit wäre, der Strafverfolgung und dem Vollzug der Strafe durch Flucht entziehen würde. Hierfür sind die gesamten konkreten Verhältnisse in Betracht zu ziehen. Es müssen konkret Gründe dargetan werden, die eine Flucht nicht nur als möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lassen. Die Schwere der drohenden Strafe darf als ein Indiz für Fluchtgefahr gewertet werden, genügt jedoch für sich allein nicht, um den Haftgrund zu bejahen. Es müssen die gesamten Lebensverhältnisse, familiäre Bindungen, die berufliche und finanzielle Situation und Kontakte zum Ausland mitberücksichtigt werden. Selbst bei einer befürchteten Ausreise in ein Land, das den Angeschuldigten grundsätzlich an die Schweiz ausliefern bzw. stellvertretend verfolgen könnte, ist die Annahme von Fluchtgefahr nicht ausgeschlossen (BGE 125 I 60 E. 3a S. 62; 123 I 31 E. 3d S. 36; 117 Ia 69 E. 4a S. 70; 107 Ia 3 E. 5 S. 6; je mit Hinweisen).

Untersuchungshaft darf nur als "ultima ratio" angeordnet werden. Wo sie durch mildere Ersatzmassnahmen ersetzt werden kann, muss von ihrer Anordnung oder Fortdauer abgesehen und an ihrer Stelle eine dieser Massnahmen verfügt werden (BGE 135 I 71 E. 2.3 S. 73 mit Hinweisen).

4.3

4.3.1 Gegen die Beschwerdeführerin wird seit dem 10. August 2000 und somit seit rund 9 Jahren eine Strafuntersuchung geführt. Am 20. Mai 2002 wurde sie festgenommen und in der Folge im Kanton Uri in Untersuchungshaft versetzt. Am 31. Oktober 2002 wurde sie aus der Haft entlassen. Dabei wurden ihr die Ausweisschriften abgenommen. Zudem wurde ihr zur Pflicht gemacht, sich regelmässig bei der Polizei zu melden. Dieser Meldepflicht kam sie stets nach. Der blosse Umstand, dass sie anlässlich einer Vorsprache bei der Polizei im Mai 2009 einmal die Unterschrift verweigerte, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass sie auf dem Polizeiposten erschien und damit ihre Anwesenheit

bekundete. Auch nach diesem Vorfall erfüllte sie ihre Meldepflicht und begab sich am 2. Juni 2009 erneut auf den Polizeiposten, wo sie in der Folge verhaftet wurde. Trotz des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin schon im Laufe der Strafuntersuchung und hernach aufgrund der Verurteilung durch das Landgericht vom Mai 2007 mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe rechnen musste, reichten die Ersatzmassnahmen aus, sie von einer Flucht in ihre Heimat abzuhalten. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass sie während dieser Zeit irgendwelche Anstalten zu einer Flucht unternommen hätte oder dass sie Fluchtgedanken oder -pläne geäussert hätte. Diese Umstände können als Indiz dafür betrachtet werden, dass unter den gegebenen Umständen keine konkrete Fluchtgefahr besteht und die Beschwerdeführerin auch in naher Zukunft und allenfalls bis zur Rechtskraft des obergerichtlichen Urteils keine Flucht unternehmen wird.

4.3.2 Es ist zu prüfen, inwiefern sich die Situation mit dem Urteil des Obergerichts verändert hat. Mit einem Rechtsmittelentscheid steigt im Allgemeinen für den Verurteilten die Gefahr, dass er mit einer entsprechenden Freiheitsstrafe tatsächlich rechnen muss. Im vorliegenden Fall sind allerdings die Besonderheiten des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Es handelt sich um einen heiklen Indizienprozess. Das Landgericht erkannte die Beschwerdeführerin schuldig des Mordes an der Stieftochter, sprach sie dagegen frei vom Vorwurf der Tötung des Ehemannes. Das Obergericht kam zum umgekehrten Schluss: Es erkannte die Beschwerdeführerin schuldig der Tötung des Ehemannes und sprach sie frei vom Vorwurf des Mordes an der Stieftochter. Das obergerichtliche Urteil stellt also keine Bestätigung des landgerichtlichen Urteils dar. Es ist nach den Darlegungen in der vorliegenden Beschwerde davon auszugehen, dass gegen das obergerichtliche Urteil Beschwerde in Strafsachen erhoben wird und sich somit die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit der Sache zu befassen haben wird. Deren Urteil darf hier in keiner Weise präjudiziert werden. Aus der Sicht der Beschwerdeführerin ist aber anzunehmen, dass sie sich angesichts der "widersprüchlichen" kantonalen Urteile Chancen ausrechnen wird, vor der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu obsiegen und in der Folge vom Vorwurf der Tötung sowohl des Ehemannes als auch der Stieftochter freigesprochen zu werden. Dies spricht gegen Fluchtgefahr.

4.3.3 Die Auffassung der Vorinstanz, es bestünden finanzielle Anreize zur Flucht, vermag in Anbetracht der konkreten Verhältnisse sodann kaum zu überzeugen. Die Beschwerdeführerin hat in der Schweiz sechs Kinder (geb. 1982, 1984, 1990, 1991, 1994 und 1995). Sie wird in Anbetracht des Alters der Kinder zunehmend damit rechnen können, von diesen hier finanziell unterstützt zu werden. Ausserdem hat sie in der Schweiz, soweit sozialversicherungsrechtliche Leistungen nicht ausreichen sollten, gegebenenfalls Anspruch auf Sozialhilfe. In der Vergangenheit hat die Beschwerdeführerin denn auch in der Schweiz schon mehrfach erhebliche Leistungen der Sozialhilfe bezogen. Es kann nicht angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Heimat in den Genuss besserer finanzieller Bedingungen kommen könnte. Überdies kann ohne neue Konfrontation nicht auf die Jahre zurückliegende Aussage der Beschwerdeführerin vom Mai 2002 abgestellt werden, "sie müsse nach Jugoslawien gehen, weil sie mit dem Geld, welches sie in der Schweiz bekomme, gar nicht leben könne."

4.3.4 Der Erklärung der Beschwerdeführerin anlässlich der Verhandlung vor dem Landgericht im März 2007, "sie pflege sehr gute Kontakte zu Bekannten und Verwandten in ihrem Heimatland", kommt für sich allein, ohne weitere Präzisierung, im Hinblick auf die Frage der Fluchtgefahr und ohne Betrachtung der sozialen und familiären Verhältnisse in der Schweiz, nur ein sehr beschränkter Aussagewert zu. Zwar hat die Beschwerdeführerin in Serbien zwei Söhne aus erster Ehe (geb. 1974 und 1976) und einen Bruder. In der Schweiz hat sie jedoch - wie dargelegt - sechs Kinder. Diese sind deutlich jünger als die Söhne in Serbien. Die jüngsten in der Schweiz lebenden Kinder sind erst 14 und 15 Jahre alt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung hat man zu jüngeren, namentlich noch nicht erwachsenen Kindern eine engere Beziehung als zu älteren. Das Landgericht legt in seinem Urteil (S. 92) denn auch dar, die Beschwerdeführerin pflege insbesondere zu zwei in der Schweiz

lebenden Kindern einen recht engen Kontakt. Auch dies stellt ein Indiz gegen Fluchtgefahr dar.

4.3.5 Würdigt man diese Umstände gesamthaft, sind keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich, die, soweit die sichernden Ersatzmassnahmen beibehalten und allenfalls erweitert werden, eine Flucht nicht nur als möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen liessen. Damit lässt sich im Lichte der dargelegten Rechtsprechung (E. 4.2) die Annahme von Fluchtgefahr unter den konkreten Gegebenheiten nicht halten und erscheint die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft als unverhältnismässig und damit verfassungswidrig. Das Regime der Ersatzmassnahmen hat sich seit der Haftentlassung der Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2002 bis zu ihrer neuerlichen Verhaftung während mehr als 6 1/2 Jahren bewährt, was unter den dargelegten Umständen zur Annahme berechtigt, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Sicherheitshaft als "ultima ratio" scheidet daher aus.

Nr. 13 Strafprozessordnung. Art. 40 Abs. 1 GOG. Art. 92 Abs. 4 VRPV. Strafverfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri wegen Widerhandlungen gegen die Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ARV 2). Der Staatsanwalt vertritt als öffentlicher Ankläger den Strafanspruch des Staates. Er hat für eine einheitliche Strafpraxis im Kanton besorgt zu sein. Er nimmt diesbezüglich eine Überwachungsaufgabe wahr. Strafverfügungen von Verwaltungsbehörden sind auch der Staatsanwaltschaft zuzustellen. Diese hat einen gesetzlich statuierten Anspruch auf die Zustellung der Strafverfügungen der Verwaltungsbehörden. Wie der Staatsanwalt seine Überwachungsaufgabe wahrnimmt, liegt jedoch in seinem Ermessen. Der Staatsanwalt darf aus praktischen Überlegungen aufgrund der (unbestritten) zahlreichen Strafverfügungen der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri festlegen, dass ihm nicht jede Strafverfügung zugestellt, sondern die Strafverfügungen in seinem Auftrag abgelegt werden, er aber jederzeit berechtigt ist, Einsicht in die Strafverfügungen zu nehmen. Art. 92 Abs. 4 VRPV begründet keinen Anspruch einer angeschuldigten Person auf eine bestimmte Art der Überprüfung der Strafverfügung durch die Staatsanwaltschaft. Der angeschuldigten Person steht die Weiterzugsmöglichkeit gemäss Art. 92 Abs. 1 VRPV zur Verfügung, womit sie die Überprüfung der angefochtenen Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt verlangen kann. Aus Art. 92 Abs. 4 VRPV kann nicht geschlossen werden, dass eine Strafverfügung nur in Rechtskraft erwächst, wenn sie der Staatsanwaltschaft zugestellt worden ist.

Obergericht, 29. Juni 2009, OG S 09 3

Aus den Erwägungen:

3. Die Berufungsklägerin und Angeklagte rügt im Hauptpunkt die Verletzung von Art. 92 Abs. 4 VRPV. Sie macht dazu im Wesentlichen geltend, dass die Strafverfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri vom 13. September 2007 nicht, wie in Art. 92 Abs. 4 VRPV vorgeschrieben, der Staatsanwaltschaft zugestellt worden und damit nicht in Rechtskraft erwachsen sei.

a) Vorliegend unbestritten ist, dass es sich bei der zugrunde liegenden Strafverfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri um eine Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde i.S.v. Art. 92 Abs. 1 VRPV handelt. Die Zuständigkeit der

Sicherheitsdirektion ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 Verordnung über den Strassenverkehr (RB 50.1311). Der umstrittene Art. 92 Abs. 4 VRPV bestimmt, dass alle Strafverfügungen von Verwaltungsbehörden, die, wie vorliegend, nicht im Ordnungsbussenverfahren erledigt werden, auch der Staatsanwaltschaft zuzustellen sind. Diese kann anstelle der Strafverfügung einen Strafbefehl erlassen oder das ordentliche Strafverfahren einleiten. Beabsichtigt sie das zu tun, hat sie diese Absicht der Verwaltungsbehörde, welche die Strafverfügung erlassen hat, und dem Betroffenen innert 10 Tagen mitzuteilen. Andernfalls erwächst die Strafverfügung in Rechtskraft.

b) Gemäss Art. 40 Abs. 1 GOG vertritt der Staatsanwalt als öffentlicher Ankläger den Strafanspruch des Staates. Dabei obliegt ihm die Aufgabe, für eine einheitliche Strafpraxis im Kanton besorgt zu sein. Er nimmt m.a.W. hier interessierend diesbezüglich eine Überwachungsaufgabe wahr. Gemäss Art. 92 Abs. 4 Satz 1 und 2 VRPV sind zur Wahrnehmung dieser Aufgabe, wie vorerwähnt, Strafverfügungen von Verwaltungsbehörden (...) auch der Staatsanwaltschaft zuzustellen. Diese hat einen gesetzlich statuierten Anspruch auf die Zustellung der Strafverfügungen der Verwaltungsbehörden. Der Staatsanwalt kann anstelle der Strafverfügung einen Strafbefehl erlassen oder das ordentliche Strafverfahren einleiten. Im Rahmen der oben beschriebenen Überwachungsaufgabe kann der Staatsanwalt, sofern er mit der Strafverfügung der Verwaltungsbehörde nicht einverstanden ist, einen strafrechtlich (allenfalls) relevanten Vorgang anders als die Verwaltungsbehörde beurteilen und strafrechtlich anders entscheiden. Wenn er dies tun will, hat er dies den Beteiligten innert zehn Tagen mitzuteilen, andernfalls die Strafverfügung in Rechtskraft erwächst. Wie der Staatsanwalt seine Überwachungsaufgabe wahrnimmt, liegt jedoch in seinem Ermessen. Der Staatsanwalt darf aus praktischen Überlegungen aufgrund der (unbestritten) zahlreichen Strafverfügungen der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri, wie vorliegend, festlegen, dass ihm nicht jede Strafverfügung zugestellt, sondern die Strafverfügungen in seinem Auftrag abgelegt werden, er aber jederzeit berechtigt ist, Einsicht in die Strafverfügungen zu nehmen. Art. 92 Abs. 4 VRPV begründet keinen Anspruch einer angeschuldigten Person auf eine bestimmte Art der Überprüfung der Strafverfügung durch die Staatsanwaltschaft. Der angeschuldigten Person steht die Weiterzugsmöglichkeit gemäss Art. 92 Abs. 1 VRPV zur Verfügung, womit sie die Überprüfung der angefochtenen Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt verlangen kann. Aus Art. 92 Abs. 4 VRPV kann nicht geschlossen werden, dass in concreto eine Strafverfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri nur in Rechtskraft erwächst, wenn sie der Staatsanwaltschaft zugestellt worden ist. Es verhält sich vielmehr so, dass der Staatsanwalt mit dem Akzeptieren einer Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde und demzufolge dem Unterlassen einer Mitteilung nach Art. 92 Abs. 4 VRPV innert zehn Tagen der Möglichkeit verlustig geht, den Eintritt der Rechtskraft einer Strafverfügung zu verhindern. Die fehlende Zustellung der Strafverfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Uri vom 13. September 2007 an die Staatsanwaltschaft vermag den Eintritt der Rechtskraft demnach nicht zu hindern.

Nr. 14 Strafgesetzbuch. Art. 43 Abs. 2, Art. 49 Abs. 2 StGB. Bestrafung im Ersturteil wegen grober Verkehrsregelverletzung mit einer unbedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.--. Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung durch den Zweitrichter. Retrospektive Konkurrenz. Die beiden Urteile (Grundstrafe und Zusatzstrafe) sind voneinander rechtlich weitgehend unabhängig. Nichtanwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB. Bei einer Anwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB auf Fälle wie den vorliegenden (Geldstrafe von 70 Tagessätzen, davon 50 Tagessätze unbedingt) wäre das Zweitgericht (indirekt) an die Prognose des Erstgerichts gebunden, denn sobald das Erstgericht wie hier eine unbedingte Strafe ausgesprochen hat, die mehr als die Hälfte der hypothetischen Gesamtstrafe beträgt, hätte das Zweitgericht gar nicht mehr die Möglichkeit, dem Täter eine günstige Prognose

zu stellen und damit eine bedingte Strafe (vorliegend 20 Tagessätze) auszusprechen.

Obergericht, 17. Juli 2009, OG S 09 2

Aus den Erwägungen:

4. Im Folgenden ist die Strafzumessung vorzunehmen.

Da der Berufungskläger und Angeklagte die ihm vorliegend vorgeworfene einfache Körperverletzung im Jahre 2003 begangen hat, ist vorweg das anwendbare Recht zu bestimmen. Denn seit 1. Januar 2007 ist der neue AT StGB in Kraft. Das neue Recht ist auf einen Täter, der den Sachverhalt noch unter altem Recht verwirklicht hat, anwendbar, wenn es für ihn das mildere Recht darstellt (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der Berufungskläger und Angeklagte ist wegen einfacher Körperverletzung i.S.v. Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu bestrafen. Nach altem Recht würde er mit Gefängnis bestraft. Das neue Recht sieht alternierend zu einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren eine Geldstrafe vor, die bei Ersttätern auch bedingt ausgesprochen werden kann (Art. 42 Abs. 1 StGB). Das neue Recht ist somit für den Berufungskläger und Angeklagten als das mildere Recht zu betrachten und vorliegend anzuwenden.

a) Der Berufungskläger und Angeklagte wurde mit Strafbefehl der Berufungsbeklagten vom 25. Mai 2009 wegen grober Verkehrsregelverletzung durch Überschreiten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen zu einer (unbedingten) Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.-- verurteilt. Der Strafbefehl ist in Rechtskraft erwachsen.

aa) Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Art. 49 Abs. 2 StGB regelt die sogenannte retrospektive Konkurrenz. Sie liegt vor, wenn ein Täter eine oder mehrere Straftaten vor einer Verurteilung zu einer gleichartigen Strafe begangen hat, diese Straftaten aber erst nachträglich beurteilt werden und ebenfalls zu einer Verurteilung mit gleichartiger Strafe führen (Jürg-Beat Ackermann, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., 2007, N. 53 zu Art. 49). Art. 49 Abs. 2 StGB garantiert Rechtsgleichheit gegenüber jenem Täter, dessen Taten nach Art. 49 Abs. 1 StGB beurteilt wurden. Der Täter soll durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, welche zeitlich zusammen hätten beurteilt werden können, primär nicht benachteiligt und soweit möglich auch nicht besser gestellt werden. Dies wiederum macht deutlich, dass Art. 49 Abs. 2 StGB dieselben Voraussetzungen verlangt wie Art. 49 Abs. 1 StGB. Die Strafe wird aber nur hypothetisch nach Art. 49 Abs. 1 StGB festgelegt; das rechtskräftige frühere Urteil (vorliegend der Strafbefehl der Berufungsbeklagten vom 25.05.2009) bleibt unangetastet. Es darf einzig eine Zusatzstrafe ausgefällt werden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 54 zu Art. 49).

bb) Liegen die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB vor, muss zur Bemessung der Zusatzstrafe in einem ersten Schritt eine hypothetische Gesamtstrafe aller zeitlich vor dem früheren Urteil begangenen Straftaten gebildet werden und zwar allein aus Sicht des Zweitrichters. Dabei sind alle Straftaten unter der Fiktion gleichzeitiger Beurteilung zu gewichten und weil das für den Täter günstige Asperationsprinzip zugrunde liegt, wirkt sich jede zusätzliche Straftat nur unterproportional erschwerend aus. Die Zusatzstrafe bildet rechnerisch die Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe aller Straftaten (berechnet nach den Regeln von Art. 49 Abs. 1 StGB) und der Grundstrafe. Die Dauer bzw. der Betrag der Grundstrafe muss von der hypothetischen Gesamtstrafe in Abzug gebracht werden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 68 zu Art. 49).

cc) Die Rechtskraft des Ersturteils wird durch die Ausfällung der Zusatzstrafe nicht berührt und die Bildung einer Gesamtstrafe für alle Straftaten ist unzulässig (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 70 zu Art. 49). Das Gericht, das die Zusatzstrafe ausspricht, ist allerdings nicht an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden, das das frühere Urteil ausgefällt hat (wohl aber an die dort ausgesprochene Grundstrafe); die hypothetische Gesamtstrafe und damit die Zusatzstrafe ist von der früheren Strafe rechtlich weitgehend unabhängig. Unantastbar ist einzig das frühere, rechtskräftig gewordene Urteil im Dispositiv. Das neue Gericht ist insbesondere auch hinsichtlich der Art des Vollzugs grundsätzlich nicht an den rechtskräftigen Entscheid gebunden, kann also z.B. den bedingten Strafvollzug unabhängig davon gewähren oder verweigern, ob der bedingte Strafvollzug im früheren Urteil gewährt oder verweigert wurde. Ausgeschlossen ist die Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die Zusatzstrafe dann, wenn die Strafdauer der Grundstrafe und der Zusatzstrafe, mithin der hypothetischen Gesamtstrafe, insgesamt 24 Monate (Art. 42 StGB: bedingte Strafe) oder 36 Monate (Art. 43 StGB: teilbedingte Strafe) übersteigt (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Der Grundsatz der Gesamtbewertung gilt sinngemäss auch für den bedingten oder (teilbedingten) Vollzug einer Geldstrafe (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Massgebend sind grundsätzlich die persönlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausfällung der Zusatzstrafe (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 72 zu Art. 49).

b) Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Die obere Instanz hat, soweit nicht kantonale Prozessvorschriften sie daran hindern (Art. 229 Abs. 3 StPO), die Strafe, unabhängig vom erstinstanzlichen Urteil, nach den bundesrechtlichen Strafzumessungsnormen festzulegen (BGE 80 IV 158).

aa) Im Sinne der (oben beschriebenen) retrospektiven Konkurrenz ist zunächst eine hypothetische Gesamtstrafe für beide vorliegend interessierenden Delikte (grobe Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Ziff. 2 SVG und einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) zu bestimmen. Sowohl Art. 90 Ziff. 2 SVG als auch Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sehen als Strafrahmen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder alternierend eine Geldstrafe vor. Da (für die einfache Körperverletzung) das mildere (neue) Recht anzuwenden ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; E. 4), ist der Berufungskläger und Angeklagte (der vorliegend hypothetisch als Ersttäter zu gelten hat) nicht mit einer Freiheitsstrafe, sondern (für beide Delikte) mit einer Geldstrafe zu bestrafen.

bb) Das Verschulden des Berufungsklägers und Angeklagten ist (in der Gesamtbetrachtung) als schwer zu bezeichnen. Der Berufungskläger und Angeklagte fuhr am 1. März 2009 auf der Autobahn A2 in Seedorf, in Fahrtrichtung süd, anstelle der dort signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h mit einer Geschwindigkeit von 165 km/h. Er war damit netto (nach Abzug der Toleranz) 60 km/h schneller als erlaubt unterwegs. Er hat damit einerseits subjektiv ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend regelwidriges Verhalten an den Tag gelegt, was schwereres Verschulden, mindestens, wie vorliegend, grobe Fahrlässigkeit voraussetzt und andererseits ist auch objektiv eine wichtige Vorschrift in gravierender Weise betroffen (Hans Giger, Strassenverkehrsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 371). Der Berufungskläger und Angeklagte hat m.a.W. eine wichtige Verkehrsvorschrift (Art. 32 SVG) in objektiv schwerer Weise missachtet und die Verkehrssicherheit ernstlich gefährdet (Hans Giger, a.a.O., S. 371). Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die objektiven und grundsätzlich auch die subjektiven Voraussetzungen von Art. 90 Ziff. 2 SVG ungeachtet der konkreten Umstände erfüllt sind, wenn die

Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen um 35 km/h oder mehr, was vorliegend offensichtlich zutrifft, überschritten wird (Hans Giger, a.a.O., S. 186). Das Verschulden des Berufungsklägers und Angeklagten wiegt auch bei der einfachen Körperverletzung schwer. Er hat dem Zivilkläger ganz offensichtlich abgepasst und einen günstigen Moment ausgesucht, um möglichst von Zeugen unerkannt diesen angreifen zu können. Strafmindernd sind die bis zur heutigen hypothetischen Gesamtstrafenbildung bestehenden persönlichen Verhältnisse, insbesondere die fehlende strafrechtliche Vorbelastung, zu berücksichtigen. Strafmilderungsgründe (Art. 48 StGB) liegen keine vor und werden auch nicht geltend gemacht.

cc) Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze. Das Gericht bestimmt deren Zahl nach dem Verschulden des Täters (Art. 34 Abs. 1 StGB). Die Zahl der Tagessätze ist im Urteil festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Unter Berücksichtigung aller Umstände erachtet das Obergericht für die beiden Delikte eine Bestrafung von (hypothetischen) 70 Tagessätzen als dem (schweren) Verschulden angemessen. Ein Tagessatz beträgt höchstens Fr. 3'000.--. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Die Höhe der Tagessätze ist im Urteil festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Nachdem im kürzlich ausgefallenen (rechtskräftigen) Strafbefehl vom 25. Mai 2009 ein Tagessatz von Fr. 50.-- festgelegt worden ist und der Berufungskläger und Angeklagte dies in der Folge nicht angefochten hat, wird auch vorliegend die Höhe des Tagessatzes auf Fr. 50.-- festgesetzt.

dd) Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Anders ausgedrückt: Die günstige Prognose wird vermutet, doch kann diese Vermutung widerlegt werden. Bei der Prognosestellung sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, zu berücksichtigen (Markus Hug, in Andreas Donatsch [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl., Zürich 2006, S. 94). Das Gesamtbild der Täterpersönlichkeit des Berufungsklägers und Angeklagten im Rahmen der vorliegend massgebenden hypothetischen Gesamtbetrachtung lassen erwarten, dass er durch die Bestrafung von weiteren strafbaren Handlungen abgehalten wird. Dabei wurden die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides berücksichtigt (Markus Hug, a.a.O., S. 95). Die Probezeit für den Vollzug der Geldstrafe beträgt 2 Jahre (Art. 44 Abs. 1 StGB). Für die Folgen bei Nichtbewährung wird der Berufungsbeklagte ausdrücklich auf Art. 46 StGB verwiesen (Art. 44 Abs. 3 StGB).

ee) Eine bedingte Strafe kann mit einer Busse nach Art. 106 verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Aufgrund der Schwere des Verschuldens wird der Berufungskläger und Angeklagte zusätzlich mit einer (unbedingten) Busse (Art. 106 StGB) bestraft. Der Höchstbetrag der Busse beträgt Fr. 10'000.-- (Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Gericht bemisst die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Bei der Bemessung der Busse ist auch der finanziellen Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen. Für die Verhältnisse des Täters relevant sind namentlich sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit (BGE 129 IV 21; vgl. auch StGB Art. 34 Abs. 2 betreffend Geldstrafe). Aus Gründen der Praktikabilität wird ein gewisser Schematismus nach wie vor unabdingbar sein (Markus Hug, a.a.O., S. 168). Aufgrund der Schwere des Verschuldens und unter Berücksichtigung des Einkommens, seines Familienstandes, seines Alters und seiner Gesundheit wird die Höhe der Busse auf Fr. 500.-- festgesetzt. Für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, spricht der

Richter eine Ersatzfreiheitsstrafe von mind. 1 Tag und höchstens 3 Monaten aus (Art. 106 Abs. 2 StGB). Die Ersatzfreiheitsstrafe wird vorliegend auf 5 Tage festgesetzt (Fr. 100.-- pro Tag gemäss Empfehlungen KSBS vom 03.11.2006).

c) Nachdem in einem ersten Schritt (E. 4b/aa - ee) die hypothetische Gesamtstrafe gebildet wurde (bedingte Geldstrafe von 70 Tagessätzen à Fr. 50.-- sowie eine Busse von Fr. 500.--), ist nun die (eigentliche) Zusatzstrafe zu bestimmen. Dabei ist der Betrag der Grundstrafe von der hypothetischen Gesamtstrafe abzuziehen. Bei der retrospektiven Konkurrenz i.S.v. Art. 49 Abs. 2 StGB geht es "lediglich" um eine hypothetische Gesamtbeurteilung und gerade nicht um die Fällung einer Gesamtstrafe. Die beiden Urteile (Grundstrafe und Zusatzstrafe) sind voneinander rechtlich weitgehend unabhängig. Insbesondere ist das Zweitgericht hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an die Beurteilung des Erstgerichts gebunden (Jürg-Beat Ackermann, a.a.O., N. 71 zu Art. 49). Zwar hat sich das Zweitgericht bezüglich der Frage, ob der bedingte Strafvollzug für die Zusatzstrafe überhaupt noch gewährt werden kann, an der Dauer der hypothetischen Gesamtstrafe zu orientieren. Dies bedeutet jedoch keine Einschränkung des Zweitgerichts aufgrund der vom Erstgericht gestellten Prognose und der sich daraus ergebenden Vollzugsart, sondern diese Einschränkung erfolgt durch die gesetzlichen Vorgaben, die das Zweitgericht dann zu beachten hätte, wenn es die beiden Straftaten zusammen zu beurteilen und eine (echte) Gesamtstrafe (i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB) zu fällen hätte. Bei einer Anwendbarkeit von Art. 43 Abs. 2 StGB auf Fälle wie den vorliegenden (70 Tagessätze, davon 50 Tagessätze unbedingt) wäre das Zweitgericht (indirekt) an die Prognose des Erstgerichts gebunden, denn sobald das Erstgericht wie hier eine unbedingte Strafe ausgesprochen hat, die mehr als die Hälfte der hypothetischen Gesamtstrafe beträgt, hätte das Zweitgericht gar nicht mehr die Möglichkeit, dem Täter eine günstige Prognose zu stellen und damit eine bedingte Strafe (vorliegend 20 Tagessätze) auszusprechen. Wenn vorliegend Art. 43 Abs. 2 StGB zum Tragen käme, müsste das Zweitgericht eine hypothetische Gesamtstrafe von (mindestens) 100 Tagessätzen aussprechen, wenn es von einem Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgehen will. Damit wäre das Zweitgericht in seiner Strafzumessung gemäss Art. 47 StGB jedoch nicht mehr unabhängig von der Beurteilung des Erstgerichts. Das Zweitgericht soll aber bei der Festlegung der Zusatzstrafe unabhängig vom Erstgericht über die Art des Strafvollzugs entscheiden können (BGE 129 IV 115 E. 1.1). Käme Art. 43 Abs. 2 StGB in einem Fall wie dem vorliegenden zur Anwendung, würde der Täter einerseits schlechter gestellt als bei einer strikt getrennten Beurteilung der beiden Straftaten (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB), und andererseits würde er aber auch schlechter gestellt, als wenn beide Straftaten vom Zweitgericht zusammen zu beurteilen wären und eine Gesamtstrafe ausgesprochen würde. Denn wenn das Gericht, wie vorliegend, von einer günstigen Prognose ausgeht, die den bedingten Strafvollzug ermöglicht, würde die Gesamtstrafe, also auch die im vorliegenden Fall unbedingte Erststrafe, nur bedingt ausgesprochen. Eine Schlechterstellung des Täters bei Anwendung von Art. 42 Abs. 2 StGB im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz gegenüber dem Täter, der i.S.v. Art. 49 Abs. 1 StGB verurteilt wird, soll aber mit Art. 49 Abs. 2 StGB gerade verhindert werden. Art. 43 Abs. 2 StGB ist deshalb auf Fälle, wie den vorliegenden, nicht anwendbar. Von der hypothetischen Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen à Fr. 50.-- wird demnach die bereits rechtskräftige (unbedingte) Geldstrafe von 50 Tagessätzen à Fr. 50.-- abgezogen. Übrig bleibt somit die (bedingte) Zusatzgeldstrafe von 20 Tagessätzen à Fr. 50.-- sowie die damit verbundene (unbedingte) Busse in der Höhe von Fr. 500.--.

Nr. 15 Strafgesetzbuch. Art. 181 StGB. Tatbestandsvariante der "anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit". In concreto hat das Verhalten des Berufungsklägers und Angeklagten nicht eine Situation herbeigeführt, in welcher der Zivilklägerin Widerstand nicht mehr zumutbar war, weil ein Widerstand aussichtslos und/oder sogar gefährlich gewesen wäre. Freispruch von der Anklage der Nötigung.

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend steht im Wesentlichen vorweg nicht (mehr) der Sachverhalt im Vordergrund, sondern vielmehr die Frage, ob der Berufungskläger und Angeklagte durch seine Nachstellungen den Tatbestand der Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB erfüllt hat. Die Vorinstanz qualifizierte das Verhalten des Berufungsklägers und Angeklagten als sogenanntes "Stalking" und sprach ihn, weil eine entsprechende Norm im StGB fehlt, der mehrfachen Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB schuldig.

a) Gemäss Art. 181 StGB wird wegen Nötigung bestraft, wer jemanden durch Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Schutzobjekt von Art. 181 StGB ist die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Einzelnen (BGE 129 IV 264 E. 2.1 m.H.). Dass der Berufungskläger und Angeklagte die vorgeworfene mehrfache Nötigung durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile ausgeübt hätte, wird von der Berufungsbeklagten und der Zivilklägerin schon nicht geltend gemacht. Zu prüfen ist demnach die Erfüllung des Straftatbestandes der Nötigung i.S. der "anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit". Um dem gesetzlichen und verfassungsmässigen Bestimmtheitsgebot (*nullum crimen sine lege*) gerecht zu werden, ist die Tatbestandsvariante der "anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit" einschränkend auszulegen. Nicht jeder noch so geringfügige Druck auf die Entscheidungsfreiheit eines andern führt zu einer Bestrafung nach Art. 181 StGB. Vielmehr muss das verwendete Zwangsmittel das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die vom Gesetz ausdrücklich genannte Gewalt und die Androhung ernstlicher Nachteile gilt. Dies ist der Massstab, nach dem sich der Richter bei der gebotenen Konkretisierung der Generalklausel richten kann und richten muss. Die unter die Generalklausel fallenden Nötigungsmittel müssen dem im Gesetz ausdrücklich genannten Nötigungsmittel der Anwendung von Gewalt in ihrer Intensität bzw. Wirkung ähnlich sein und nach der Auslegung des Gewaltbegriffs noch unter diesen subsumiert werden können (BGE 129 IV 264 E. 2.1 m.H.).

b) Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, welche Handlungen unter die Tatbestandsvariante "andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit" nach Art. 181 StGB subsumiert werden können. Diesbezüglich können nahezu beliebige andere Behinderungen der Handlungsfreiheit einer Person unter den Tatbestand gezogen werden. Die Grenze der Strafbarkeit lässt sich nur noch nach dem Ausmass, nicht mehr nach der Art der Beeinträchtigung bestimmen. Die Generalklausel sollte deshalb jedenfalls einschränkend interpretiert werden. Die Einwirkung muss, wie das Bundesgericht formuliert, "das üblicherweise geduldete Mass der Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die vom Gesetz ausdrücklich genannte Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile gilt". Die Grenze der Strafbarkeit wird nicht vom Gesetz, sondern von Fall zu Fall vom Richter gezogen (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6. Aufl., Bern 2003, § 5 Rnr. 11 m.H.).

c) Das Bundesgericht hat den Tatbestand der Nötigung i.S. der anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit wie folgt beurteilt: In BGE 107 IV 116 E. 3b hat es die Tatbestandsvariante der "anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit" als "gefährlich weit" bezeichnet. Sie müsse aus rechtsstaatlichen Gründen einschränkend ausgelegt werden. Die 5 - 10 Minuten dauernde (politisch motivierte) Weigerung einer 20-köpfigen Studentendelegation, das Sitzungszimmer für eine Fakultätssitzung zu räumen, beurteilte der Kassationshof als nicht tatbestandsmässig (BGE 107 IV 117 E. 3c). Als Nötigung gilt hingegen die massive akustische Verhinderung eines öffentlichen Vortrages durch organisiertes und mit Megafon unterstütztes "Niederschreiben" (BGE 101 IV 170 E. 2b).

Ebenso hat das Bundesgericht die Bildung eines "Menschenteppichs" durch 24 Demonstranten vor dem Zugang zur militärischen Ausstellung "W 81" auf dem Gelände der Winterthurer Eulachhalle als Nötigung qualifiziert. Die politische Aktion - bei der Transparente mit der Aufschrift "Wer über uns geht, geht auch über Leichen" aufgestellt wurden - verhinderte während ca. 15 Minuten die Wegfahrt eines Motorfahrzeuges und behinderte den Zugang zur Ausstellung für Fussgänger (BGE 108 IV 165). Am 21. Januar 1991 demonstrierten drei Personen an einem Bahnübergang in Winterthur mit einem Transparent gegen den Golfkrieg. Zur Unterstützung ihrer Aktion sabotierten sie den Bahnschrankenmechanismus, indem sie den Rotor verstopften und mit Schnellleim verklebten und die Bahnschranke mit Ketten blockierten. Durch die Aktion wurde der Strassenverkehr für 10 Minuten unterbunden. Auch in diesem Fall erkannte das Bundesgericht auf Nötigung (BGE 119 IV 306 ff. E. 3b - d). Am 11. Dezember 1998 bestätigte das Bundesgericht eine Verurteilung von 16 "Greenpeace"-Aktivisten wegen Nötigung. Diese hatten am 12. März 1996 auf dem Areal des Verwaltungsgebäudes der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK) in Baden gegen das geplante Zwischenlager für radioaktive Abfälle in Würenlingen (ZWILAG) protestiert und dabei den Haupteingang zum Verwaltungsgebäude während anderthalb Stunden blockiert. Sie errichteten unmittelbar vor dem Eingang, mittels vorgefertigter Teile, einen Holzverschlag (in Form eines überdimensionalen Briefkastens mit der Aufschrift "ZWILAG Postfach NOK" / "Stopp! Atomülllager ohne Gewähr"). Ausserdem wurden auf der Treppe zum Haupteingang leere Fässer aufgestellt und Kies gestreut. Das Verwaltungsgebäude konnte nur noch über einen Seiteneingang betreten und verlassen werden. Beim Eintreffen der Polizei brachen die Aktivisten ihre anderthalbstündige Aktion ohne Weiteres ab (BGE 129 IV 9 f. E. 2.2 f.).

d) Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhaltens des Berufungsklägers und Angeklagten ist somit, im Lichte der vorerwähnten Bundesgerichtspraxis, im Wesentlichen die Frage, ob das Verhalten des Berufungsklägers und Angeklagten in seiner Auswirkung eine ähnliche Intensität wie Gewalt erhalten hat oder m.a.W., ob das Verhalten des Berufungsklägers und Angeklagten eine Situation herbeigeführt hat, in welcher der Zivilklägerin Widerstand nicht mehr zumutbar war, weil ein Widerstand aussichtslos und/oder sogar gefährlich gewesen wäre.

e) Solange das Verhalten bzw. das verwendete Mittel des Berufungsklägers und Angeklagten das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung der Zivilklägerin nicht in ähnlicher Weise eindeutig überschritten hat, wie es für die vom Gesetz ausdrücklich genannte Gewalt gilt, solange liegt keine Verletzung des Art. 181 StGB vor. Wann das Ausmass eindeutig überschritten wird, lässt sich anhand der Frage beantworten, ob das verwendete Mittel im konkreten Fall stark genug ist, den Widerstand der betroffenen Person zu brechen. Für die Bewertung des noch zumutbaren Masses an Widerstand gilt ein objektiv-individueller Massstab (AJP 2004 S. 338 m.H.). Aus den Akten ergibt sich kein Hinweis, dass ein Widerstand unzumutbar gewesen wäre, weil er aussichtslos und/oder gefährlich gewesen wäre. Vielmehr ergibt sich, dass die Zivilklägerin den Ausgang und/oder das Einkaufen in Begleitung von anderen Personen ausführte. Vorliegend kann demnach nicht davon gesprochen werden, dass der Zivilklägerin ein Widerstand nach objektiv-individuellem Massstab unzumutbar gewesen wäre, weil ein Widerstand aussichtslos oder sogar gefährlich gewesen wäre. So ist etwa der Sachverhalt gemäss dem im vorinstanzlichen Urteil erwähnten BGE 129 IV 262 wesentlich anders gelagert. Vorliegend wurden massive Drohungen, wie bspw. die Erschiessung von Leuten, nie ausgesprochen. Der damalige Täter hatte sich zudem über einen relativ sehr langen Zeitraum von 14 Monaten, trotz Hausverbots, etwa 137 Mal auf das private Institutsgelände begeben, um sich dort aufzuhalten und Mitarbeiter zu hindern ins Institut zu gelangen, mit dem Ziel, seine ehemaligen Vorgesetzten anzusprechen, um mit ihnen über seine berufliche Zukunft und Wiederanstellung beim Institut zu diskutieren. Im Weiteren schreckte er nicht zurück, wie vorerwähnt, mit der Erschiessung von Leuten zu drohen. Für den Entscheid des Bundesgerichts war schliesslich auch noch massgebend, dass der damalige Täter im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Bundesgericht schon wegen Drohung rechtskräftig

verurteilt war (BGE 129 IV 266 E. 2.3). Damit ergibt sich, dass der Berufungskläger und Angeklagte den Tatbestand der Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB objektiv und subjektiv nicht erfüllt hat. Er ist von diesem Vorwurf freizusprechen (vgl. Art. 188 Abs. 2 StPO).

f) Entscheidwesentlich für den Freispruch von der Anklage der mehrfachen Nötigung ist aber auch, dass es sich gemäss Bundesgericht und herrschender Lehre bei der Generalklausel ("andere Beschränkung der Handlungsfreiheit") um eine gefährlich weite Formulierung handelt, die deshalb restriktiv auszulegen ist (Delnon/Rüdy, in Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2. Aufl., 2007, N. 41 f. zu Art. 181 m.H.), weil die Offenheit dieses Tatbestandes eine gewisse Rechtsunsicherheit in sich trägt (Delnon/Rüdy, a.a.O., N. 6 zu Art. 181 m.H.). Nach Stratenwerth/Jenny (a.a.O., § 5 Rnr. 1) gilt Art. 181 StGB als das Musterbeispiel eines "offenen" Tatbestandes, der "eigentlich" verfassungswidrig ist.

Nr. 16 Strafgesetzbuch. Art. 285 Ziff. 1 StGB. Begibt sich der Beschwerdeführer in eine Unterführung, um einen Beamten wegen eines gegen ihn laufenden Stuverfahrens zur Rede zu stellen und packt er den Beamten am Kragen, um ihm mitzuteilen, dass er mit der Briefschreiberei aufhören solle, ansonsten dann etwas laufen werde und dass er (der Beschwerdeführer) nichts zu verlieren habe und dass es das nächste Mal nicht so glimpflich ablaufe, steht fest, dass der Beschwerdeführer den Beamten bedroht hat. Hat das Steurdossier in der Folge wegen des Verhaltens des Beschwerdeführers einem weiteren (Dritten) Sachbearbeiter übergeben werden müssen, ist der reibungslose Ablauf des Stuverfahrens beeinträchtigt worden und der Geschädigte (Steuerbeamte) wurde durch das Verhalten des Beschwerdeführers an der Durchführung einer vorgesehenen Amtshandlung gehindert. In subjektiver Hinsicht hat der Beschwerdeführer die amtliche Eigenschaft des Geschädigten und den öffentlichrechtlichen Charakter von dessen Funktion im Zusammenhang mit dem gegen ihn geführten Strafverfahren gekannt. Es musste ihm bewusst sein, dass der Geschädigte durch sein Verhalten in Angst und Schrecken versetzt werden könnte, und genau dies hat er auch bezweckt. Der Beschwerdeführer hat den Tatbestand der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

Obergericht, 6. März 2008, OG S 07 16

(Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, BGE 6B_815/2008 vom 29. Oktober 2008)

Aus den Erwägungen:

3. Dem Berufungsbeklagten/Anschlussberufungskläger und Angeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter) wird vorgeworfen, beim unbestrittenermassen erfolgten Zusammentreffen in der Bahnunterführung Gotthardstrasse/Bahnhofstrasse in Flüelen den Zivilkläger tätlich angegriffen und bedroht und damit die Straftatbestände der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte i.S.v. Art. 285 Ziff. 1 StGB und der Tötlichkeiten i.S.v. Art. 126 Abs. 1 StGB erfüllt zu haben.

Vorweg ist der Sachverhalt zu erhellen. Wie nachfolgend aufgezeigt, ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte nicht zufällig am 16. November 2005 zwischen 17.45 Uhr und 18.00 Uhr in der fraglichen Bahnunterführung dem Zivilkläger begegnete.

a) Was die Glaubwürdigkeit der Aussagen der am Vorfall Beteiligten betrifft, sind in beweismässiger Hinsicht die Aussagen des als Zeugen einvernommenen Zivilklägers höher zu gewichten als die Aussagen des Berufungsbeklagten.

aa) Es ist aktenkundig, dass der Berufungsbeklagte bereits im Jahre 1998 vom Amt für Steuern ermahnt werden musste, weil er seine Steuererklärung unvollständig und nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt hatte (vgl. act. 4004). Im Veranlagungsverfahren für die Jahre 2001 und 2002 wurde nun wiederum festgestellt, dass er das Einkommen seiner Ehefrau und die Bankkonti nicht deklariert hatte (vgl. act. 4005). Die Strafverfügungen des Amtes für Steuern, worin der Berufungsbeklagte wegen vollendeter Steuerhinterziehung zur Zahlung von über Fr. 30'000.-- Nachsteuern und von über Fr. 20'000.-- Busse verpflichtet wurde, sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. act. 4018 - 4020). Der Berufungsbeklagte hat in diesen Verwaltungsstrafverfahren offensichtlich nicht immer wahrheitsgemässe Angaben gemacht. Auch im vorliegenden Strafverfahren ist mehrfach ersichtlich, dass der Berufungsbeklagte widersprüchliche Aussagen machte: Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 18. November 2005 (act. 2000) führte er, nachdem er vorgängig zu wahrheitsgemässer Aussage ermahnt worden war, in den Antworten auf die Fragen 3 und 10 aus, dass er "diesen X" nicht persönlich kenne und noch nie Kontakt mit dieser Person gehabt habe. Der Berufungsbeklagte führte dies aus, obwohl er später das Zusammentreffen mit dem Zivilkläger in der Bahnunterführung in Flüelen zur Tatzeit nicht mehr in Abrede stellte. Wahrheitswidrig sagte der Berufungsbeklagte unter Frage 5 aus, dass er am 16. November 2005 zur Tatzeit nicht in Flüelen, sondern in Altdorf auf dem Friedhof gewesen sei. Auf den Vorhalt in Frage 14, am Montag 14. November 2005 sein Fahrzeug auf dem Parkplatz Winterberg so parkiert zu haben, dass er die Steuerverwaltung im Blick gehabt habe, führte er aus, seine Frau arbeite im Z, er hole sie ab und zu ab oder bringe sie zur Arbeit. Y sagte jedoch aus, dass sie in der fraglichen Woche nie von ihrem Mann abgeholt worden sei, sie habe diese Woche nur Donnerstag, Freitag und Samstag gearbeitet, am fraglichen Montag, den 14. November 2005 habe sie gar nicht gearbeitet (act. 3002, Antwort auf Frage 8).

ab) Die Vorinstanz mass dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte anlässlich der polizeilichen Befragung den Vorfall in Abrede stellte bzw. keine Aussagen dazu machte zu Unrecht eine nicht allzu grosse Bedeutung bei. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass er zu beiden Zeitpunkten, als er polizeilich befragt worden sei, nicht verteidigt gewesen sei. Der Berufungsbeklagte wurde jedoch anlässlich der ersten polizeilichen Befragung ausdrücklich auf sein Recht hingewiesen, dass er jederzeit einen Rechtsanwalt beiziehen könne. Von diesem Recht hat er nachträglich denn auch Gebrauch gemacht. RA Dr. iur. Franz-Xaver Muheim hat aber kurze Zeit später (am 14.12.2005), rund zwei Monate vor der zweiten polizeilichen Befragung, sein Mandat niedergelegt. Es wäre dem Berufungsbeklagten zuzumuten gewesen, in der Zwischenzeit allenfalls einen neuen Verteidiger zu mandatieren. Aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte bei den polizeilichen Befragungen nicht verteidigt gewesen war, lässt sich nichts zu seinen Gunsten ableiten. So lag auch kein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.v. Art. 54 StPO vor. Der Berufungsbeklagte hat an der ersten Befragung vom 18. November 2005 den Vorfall nicht nur in Abrede gestellt, sondern weiter behauptet, er sei zur Tatzeit auf dem Friedhof in Altdorf gewesen. Auch wenn kein Verteidiger bei dieser Befragung zugegen war, wurde er doch zu wahrheitsgemässer Aussage ermahnt. Die Vorinstanz zieht aus den Aussagen des Zivilklägers (VI-act. 1.13, Antwort auf Frage 12) "wenn ich ihn gesehen hätte, ich weiss nicht, dann wäre ich vielleicht früher abgestiegen" den nicht zutreffenden Schluss (angefochtenes Urteil E. 4.3 4.10), dass dem Zivilkläger die Person des Berufungsbeklagten bekannt gewesen sein musste. Der Zivilkläger sagte nämlich wiederholt aus, dass er den Berufungsbeklagten vor diesem Vorfall noch nie persönlich gesehen habe. Die vorerwähnte Aussage des Zivilklägers kann auch so verstanden werden, dass sie nicht in Bezug auf den Berufungsbeklagten persönlich, sondern allgemein ausgeführt wurde, nämlich als der Zivilkläger bemerkte, dass sich in der Unterführung ein ihm zu diesem Zeitpunkt unbekannter Fussgänger befand. Hier stellt sich doch auch die Frage, wieso der Zivilkläger lügen und die ganze Geschichte erfinden sollte.

Damit würde er ein Strafverfahren wegen falscher Zeugenaussage und falscher Anschuldigung riskieren und dies wegen jemandem, den er gar nicht kennt.

b) Demgegenüber kommt es vor, dass Angeschuldigte nicht immer die Wahrheit sagen. Wie vorerwähnt, machte der Berufungsbeklagte schon anlässlich der ersten polizeilichen Befragung mit der Ausführung, zur Tatzeit in Altdorf gewesen zu sein, widersprüchliche Aussagen (act. 2000, Antwort auf Frage 4). Erst nachdem das Ergebnis der DNA-Überprüfung bekannt war und es damit als erwiesen galt, dass der Berufungsbeklagte nicht auf dem Friedhof in Altdorf, sondern in Flüelen gewesen war, korrigierte dieser seine Aussagen. Nun macht er geltend, dass er auf ärztliche Anordnung hin entlang des Weges der Schweiz einen Spaziergang am See habe machen wollen, um Kräfte zu sammeln. Ein ungewöhnlicher Zeitpunkt für einen Spaziergang. Denn es war dunkel und es stürmte und regnete in Strömen. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Zivilkläger dem Berufungsbeklagten seinen Namen hätte nennen sollen, als es zum Zusammentreffen kam. Der Berufungsbeklagte macht geltend, dass der Velofahrer (Zivilkläger) rasant und beinahe in ihn fuhr und beim anschliessenden Wortwechsel habe der Zivilkläger sich selber vorgestellt (VI-act. 1.12, Antwort auf Frage 10). Dies widerspricht allgemeiner Lebenserfahrung. In einem solchen Moment sagt doch nach allgemeiner Lebenserfahrung der Schnellere (Velofahrer) und wenn der Fussgänger sich regelkonform verhalten hat eher "Entschuldigung" oder "Entschuldigung, es war mein Fehler" oder so ähnlich und fährt weiter. Selbst bei einem Wortwechsel mutet das Sichvorstellen des Velofahrers (Zivilkläger) aus eigenem Antrieb ohne entsprechende Frage seltsam an. Die Ausführungen des Berufungsbeklagten erscheinen als Schutzbehauptungen. Der Zivilkläger hat als Zeuge seine vor der Polizei gemachten Aussagen vor Vorinstanz bestätigt. Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, wieso der Zivilkläger diese Geschichte hätte erfinden sollen. Es ist unbestritten, dass sich Berufungsbeklagter und Zivilkläger vorher noch nie persönlich begegnet waren und dass sie sich abgesehen von der Steuerangelegenheit nicht kannten. Den Aussagen des Zivilklägers kommt erhöhte Beweiskraft zu. Demgegenüber sind die Aussagen des Berufungsbeklagten widersprüchlich und erscheinen als unglaubwürdig.

4. Nachdem, wie vorerwähnt (E. 3a und b), den vom Zivilkläger als Zeuge gemachten Aussagen zu folgen ist und damit vorliegend der Sachverhalt als rechtsgenügend erhellt scheint, ist im Folgenden zu prüfen, ob das Verhalten des Berufungsbeklagten als Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte i.S.v. Art. 285 Ziff. 1 StGB und Tätlichkeiten i.S.v. Art. 126 Abs. 1 StGB zu qualifizieren ist.

a) Wer eine Behörde, ein Mitglied einer Behörde oder einen Beamten durch Gewalt oder Drohung an einer Handlung, die innerhalb ihrer Amtsbefugnisse liegt, hindert, zu einer Amtshandlung nötigt oder während einer Amtshandlung tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 285 Ziff. 1 StGB). Der Berufungsbeklagte hat sich am 16. November 2005, zwischen 17.45 Uhr und 18.00 Uhr, in die Bahnunterführung Gotthardstrasse/Flüelerstrasse in Flüelen begeben, um den Zivilkläger wegen des Steuerverfahrens zur Rede zu stellen. Er hat ihn in der Folge am Kragen gepackt, um ihm dann drohend mitzuteilen, dass er mit der Briefschreiberei aufhören solle, ansonsten dann etwas laufen werde und dass er, der Berufungsbeklagte, nichts zu verlieren habe und dass es das nächste Mal nicht so glimpflich ablaufe (vgl. VI-act. 1.13, Antwort des Zivilklägers auf Frage 6). Durch dieses Verhalten hat der Berufungsbeklagte die Tatbestandsvariante von Art. 285 Ziff. 1 StGB, der Hinderung einer Amtshandlung durch Gewalt oder Drohung, erfüllt. Dabei wird die Behörde, das Behördenmitglied oder der Beamte durch Gewalt bzw. Drohung veranlasst, eine vorgesehene Amtshandlung zu unterlassen (Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 312). Die Hinderung einer Amtshandlung (Ziff. 1 Alt 1) liegt dann vor, wenn die Ausführung der Amtshandlung aufgrund des Handelns des Täters entweder gänzlich unterbleibt oder aber die Durchführung in nicht unerheblicher Weise verzögert oder erschwert wird (Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N. 3 zu Art. 285). Die Anwendung von Gewalt oder Drohung bewirkt eine Behinderung des Amtsträgers in der

Weise, dass die Amtshandlung unterbleibt oder ihre Durchführung in nicht unerheblicher Weise verzögert oder erschwert wird (Donatsch/Wohlers, a.a.O., S. 312).

b) Vorliegend musste das Steuermossier einem weiteren (dritten) Sachbearbeiter des Steueramtes übergeben werden. Der reibungslose Ablauf des Nach- und Strafsteuerverfahrens war infolge der Vorgehensweise des Berufungsbeklagten nicht mehr möglich. Es fand damit mindestens die (tatbestandsmässig vorausgesetzte) Behinderung der Amtshandlung statt, weil das Dossier neu zugeteilt werden musste (vgl. art. 4017). Bei der Erfüllung des Tatbestandes "(Be-)Hinderung einer Amtshandlung" kommt es nicht darauf an, ob sich der angegriffene Beamte zum Zeitpunkt der Tat im Dienst befindet. Entscheidend ist einzig, dass zwischen dem tätlichen Angriff bzw. der Drohung und der amtlichen Tätigkeit des Angegriffenen ein sachlicher Konnex besteht. Der Berufungsbeklagte wollte mit seinem Verhalten offensichtlich, dass der Zivilkläger sich innerhalb des Nachsteuer- und Steuerstrafverfahrens anders verhält bzw. dass er von diesem Verfahren Abstand nimmt. Dadurch, dass das Steuerverfahren einem neuen Sachbearbeiter zugeteilt werden musste, liegt eine nicht unerhebliche Verzögerung vor, womit der Straftatbestand objektiv als erfüllt zu betrachten ist.

c) In subjektiver Hinsicht ist bei allen Tatbestandsvarianten Vorsatz erforderlich, wobei bedingter Vorsatz ausreicht (Stratenwerth/Wohlers, a.a.O., N. 6 zu Art. 285 m.H.). Dabei ist erforderlich, dass der Täter die amtliche Eigenschaft und den öffentlichrechtlichen Charakter der Tätigkeit des Angegriffenen kennt und davon ausgeht, dass sich seine Handlungsweise gegen eine nicht offensichtlich rechtswidrige Handlung eines zuständigen Amtsträgers richtet. Im Weiteren muss der Täter die mit seiner Handlungsweise verbundenen Folgen wollen. Ein gewisser Beweggrund ist nicht Tatbestandserfordernis (Stefan Heimgartner, in Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., 2007, N. 23 zu Art. 285 StGB und N. 15 zu Art. 286 StGB). Weil der Berufungsbeklagte schon vor dem Vorfall vom 16. November 2005 mit dem Zivilkläger beim Amt für Steuern zu tun hatte, ist davon auszugehen, dass er dessen amtliche Eigenschaft und den öffentlichrechtlichen Charakter seiner Funktion im Zusammenhang mit dem Nach- und Strafsteuerverfahren kannte. Es musste ihm bewusst gewesen sein, dass der Zivilkläger durch seine Drohungen in Angst und Schrecken versetzt werden könnte. Aufgrund seiner verschiedenen Schreiben gegenüber dem Steueramt ist zu schliessen, dass er dies auch bezweckte.

Damit ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht den Straftatbestand von Art. 285 Ziff. 1 StGB erfüllt hat.

5. Der Berufungsbeklagte ist auch wegen Tötlichkeiten i.S.v. Art. 126 Abs. 1 StGB angeklagt. Es stellt sich die Frage der Konkurrenz. Art. 285 StGB konsumiert (verdrängt) Art. 186 StGB (Stefan Heimgartner, a.a.O., N. 29 zu Art. 285; Donatsch/Wohlers, a.a.O., S. 316). Bei der Konsumtion enthält der eine Tatbestand zwar nicht begriffsnotwendig die Merkmale des andern, umfasst diesen aber wertmässig (Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 401). Die Bestrafung gestützt auf Art. 285 Ziff. 1 StGB mitumfasst demnach vorliegend auch Art. 126 Abs. 1 StGB.

Nr. 17 Strassenverkehrsrecht. Art. 22 Abs. 3, Art. 50 Abs. 4, Art. 103 SSV. Art. 10 StPO. Standort von Signalen. Verbotssignale verpflichten nur, wenn sie klar und ohne weiteres in ihrer Bedeutung erkennbar sind. Ein Signal muss leicht und rechtzeitig erkannt werden können, wobei der Massstab eines Fahrzeuglenkers zugrunde zu legen ist, der dem Strassenverkehr die notwendige und von ihm vernünftigerweise zu erwartende Aufmerksamkeit zuwendet. Diese Rechtsprechung gilt sowohl für Verbots- als auch für Gebotssignale. Die Behörden erstrecken die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen, welche für die Beurteilung von Tat und Täter von Bedeutung sind.

Sie erforschen und berücksichtigen die entlastenden und belastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt. Das Gebot der materiellen Wahrheit verlangt, dass Untersuchungsbehörde und Gericht den Sachverhalt aus eigener Initiative ermitteln. Aus den Akten geht nicht hervor, dass die in Frage stehende Signalisation gesetzeskonform ist. Die Vorinstanz hat aufgrund der vervollständigten Akten unter einer Gesamtwürdigung der alsdann bestehenden Beweislage neu zu entscheiden. In die Gesamtwürdigung ist auch die Frage der regelkonformen Geschwindigkeitsmessung (allenfalls mit Vervollständigung der Akten) miteinzubeziehen.

Obergericht, 06. März 2009, OG S 08 11

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- der Berufungskläger und Angeklagte im Wesentlichen geltend macht, dass die Signalisation "Höchstgeschwindigkeit 50 generell" verbunden mit der Ortsbeginntafel "Flüelen" auf Hauptstrassen offensichtlich fehlerhaft angebracht und die Feststellung der Vorinstanz willkürlich sei, die Ortsbeginntafel und die darüber angebrachte "Höchstgeschwindigkeit 50 generell"-Tafel würden vom Abblendlicht heranfahrender Fahrzeuge getroffen; kein Ausnahmefall vorliege, der ein Anbringen einer solchen Signalisation mehr als zwei Meter neben der Strasse rechtfertigen würde, zumal diese Signalisation, in Verletzung von Art. 22 Abs. 3 SSV, vor dem Beginn jeglicher Überbauung, geschweige denn einer dichten Überbauung stehe; die Vorinstanz ihre Tatsachenfeststellung ohne jegliche aktenmässige Grundlage angenommen habe, den Beweis der korrekten Signalisation allein die Anklagebehörde zu führen hätte;

- der Berufungskläger und Angeklagte eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes rügt, er die aus seiner Sicht fehlerhafte Signalisation schon vor Vorinstanz geltend gemacht hatte;

- die Behörden die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen erstrecken, welche für die Beurteilung von Tat und Täter von Bedeutung sind (Art. 10 Abs. 1 StPO), sie die entlastenden und belastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt erforschen und berücksichtigen (Art. 10 Abs. 2 StPO; vgl. auch Art. 7 und Art. 148 Abs. 1 StPO); das Gebot der materiellen Wahrheit verlangt, dass Untersuchungsbehörde und Gericht den Sachverhalt aus eigener Initiative ermitteln (Untersuchungsgrundsatz; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 53 N. 8);

- der Standort von Signalen von Art. 103 SSV geregelt wird, danach Signale am rechten Strassenrand stehen, sie am linken Strassenrand wiederholt, über die Fahrbahn gehängt, auf Inseln gestellt oder in zwingenden Ausnahmefällen ausschliesslich links angebracht werden können (Art. 103 Abs. 1 SSV), Signale so aufgestellt werden, dass sie rechtzeitig erkannt und nicht durch Hindernisse verdeckt werden (Art. 103 Abs. 2 SSV), dabei Signale nicht in das Lichtprofil der Fahrbahn hineinragen dürfen, der Abstand zwischen dem Fahrbahnrand und der nächsten Signalkante innerorts 0,3 - 2,0 m, (...), in besonderen Fällen max. 3,5 m beträgt (Art. 103 Abs. 4 SSV) (BGE 127 IV 232 E. 2c/aa);

- unbeleuchtete Signale vom Licht der Fahrzeuge getroffen werden müssen (Art. 103 Abs. 2 SSV);

- Verbotssignale nur verpflichten, wenn sie klar und ohne Weiteres in ihrer Bedeutung erkennbar sind, ein Signal leicht und rechtzeitig erkannt werden können, wobei der Massstab eines Fahrzeuglenkers zugrunde zu legen ist, der dem Strassenverkehr die notwendige und von ihm vernünftigerweise zu erwartende Aufmerksamkeit zuwendet, diese Rechtsprechung sowohl für Verbots- als auch für Gebotssignale gilt (BGE 127 IV 232 E. 2c/aa m.H.);

- aus den Akten nicht hervorgeht, dass die in Frage stehende Signalisation gesetzeskonform i.S.v. Art. 22 Abs. 3, Art. 50 Abs. 4 und Art. 103 SSV ist;

- einzig die Feststellung der Vorinstanz, die Signalisation entspreche der SSV (E. 3.2.2 und 3.2.3) für eine Verurteilung nicht genügend ist;

- das Obergericht (in der Regel) ein neues Urteil erlässt (Art. 229 Abs. 1 StPO), ausnahmsweise, namentlich wenn die Akten unvollständig sind, das Obergericht die Akten zur neuen Behandlung an die Vorinstanz zurückweist (Art. 229 Abs. 2 StPO);

- vorliegend sich die Vorinstanz nochmals mit der Signalisation bei der nördlichen Ortseinfahrt in Flüelen zu befassen hat, sie im Wesentlichen abzuklären hat, ob die Signalisation gesetzeskonform aufgestellt wurde, ob in concreto ein besonderer Fall (Art. 103 Abs. 4 SSV) vorliegt, wo in Flüelen (Nord) das überbaute Gebiet anfängt, ob die Signalisation leicht und rechtzeitig erkannt werden kann, ob die Signalisation auch bei Dunkelheit genügend erkennbar ist, namentlich ob die Signalisation vom (Abblend-) Licht der Fahrzeuge getroffen wird;

- die Vorinstanz aufgrund der vervollständigten Akten unter einer Gesamtwürdigung der alsdann bestehenden Beweislage neu zu entscheiden hat, in die Gesamtwürdigung auch die Frage der regelkonformen Geschwindigkeitsmessung (allenfalls mit Vervollständigung der Akten) miteinzubeziehen ist;

- dadurch, dass die Vorinstanz die Vervollständigung der Akten vorzunehmen hat, dem Berufungskläger und Angeklagten die dazumalige Prüfung durch zwei (kantonale) Instanzen gewahrt bleibt (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rn. 1044);

- Gesagtes erhellt, dass damit die Berufung teilweise begründet und entsprechend gutzuheissen ist, ein Eingehen auf die vom Berufungskläger und Angeklagten erhobene Rüge betreffend die Strafzumessung sich somit erübrigt;

C Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege

Nr. 18 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 43 Abs. 2, Art. 64 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 VRPV. Anfechtbarkeit eines Zwischenentscheides. Zwischenentscheide sind nur anfechtbar, wenn sie dem Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zufügen. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss rechtlicher Natur bzw. auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht oder nicht mehr vollständig zu beheben sein. Für den Weiterzug eines Zwischenentscheides ist kein strikter Nachweis eines nicht behebbaren Nachteils erforderlich. Bei Entscheiden über die aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen ist die Voraussetzung des voraussichtlich nicht behebbaren Nachteils in aller Regel erfüllt. Vorliegend stehen einer Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Die sofortige Vollstreckbarkeit der Impfvorschrift wurde zu Recht angeordnet.

Obergericht, 27. Mai 2009, OG V 09 22

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- der Regierungsrat des Kantons Uri auf erhobene Verwaltungsbeschwerde hin, mit Beschluss vom 28. April 2009 (RRB Nr. 2009-296), den Antrag von X, und weiteren (nachfolgend Beschwerdeführer) ablehnte, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Zwischenbescheid des Kantonstierarztes der Urkantone vom 9. März 2009 unverzüglich wieder herzustellen;

- die Beschwerdeführer am 7. Mai 2009 gegen den Beschluss des Regierungsrates des Kantons Uri beim Obergericht des Kantons Uri (Verwaltungsrechtliche Abteilung) Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichten;

- die Beschwerdeführer (i.S. einer vorsorglichen Massnahme) die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Einsprache und der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners, beantragen;

- die Vorinstanz mit verfahrenleitender Verfügung vom 11. Mai 2009 eingeladen wurde, innert 10 Tagen eine Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzureichen; sie mit Eingabe vom 15. Mai 2009 die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer beantragt;

- Zwischenentscheide nur anfechtbar sind, wenn sie dem Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zufügen (Art. 43 Abs. 2 VRPV); der nicht wieder gutzumachende Nachteil rechtlicher Natur bzw. auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht oder nicht mehr vollständig zu beheben sein muss (BGE 2C_80/2008 vom 12.03.2008 E. 2.2); für den Weiterzug eines Zwischenentscheides indessen kein strikter Nachweis eines nicht behebbaren Nachteils erforderlich ist; bei Entscheiden über die aufschiebende Wirkung und vorsorglichen Massnahmen die Voraussetzung des voraussichtlich nicht behebbaren Nachteils in aller Regel erfüllt ist (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 19 N. 48 f.);

- es sich beim angefochtenen Regierungsratsbeschluss um einen Zwischenentscheid i.S. von Art. 43 Abs. 2 VRPV handelt; die vom Kantonstierarzt am 9. März 2009 verfügte Sperre 1. Grades ein nicht wieder gutzumachender Nachteil darstellt; dies von den Parteien auch unbestritten ist;

- die Beschwerdefrist (Art. 59 Abs. 1 VRPV) sowie die Formvorschriften (Art. 64 i.V.m. Art. 49 VRPV) eingehalten wurden; die Beschwerdeführer als Adressaten durch den angefochtenen Beschluss berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung haben (Art. 64 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit.a VRPV);

- auf die Beschwerde einzutreten ist;

- die Beschwerdeführer im Wesentlichen vorbringen, der Kantonstierarzt habe die Impfverweigerung zum Anlass genommen, die gesunden, aber ungeimpften Tiere der Beschwerdeführer einer sog. Sperre 1. Grades zu unterwerfen, eine Sperre 1. Grades aber bedeute, dass die Beschwerdeführer mit ihren Tieren keinen Handel mehr betreiben dürften und diese auch nicht zur Sömmerung auf die Alp geben könnten; die 230 ungeimpften Tiere der Beschwerdeführer bloss 2 Prozent der insgesamt ungeimpften Tiere ausmachen würden, die ebenfalls sehr effektive Virenreservoirs und -verbreiter darstellten; die Blauzungenkrankheit lediglich 1.96 Prozent des Rindviehbestandes befallen würde und sich der Krankheitsverlauf bei fast allen Tieren milde oder symptomlos zeige; die Blauzungenkrankheit von Gnitzen übertragen würde, wobei umstritten wäre, ob sich in den Sömmerungsgebieten überhaupt virusübertragende Gnitzen befinden würden; die Blauzungenkrankheit bloss unter den "zu bekämpfenden Seuchen" und nicht etwa bei den auszurottenden Seuchen eingeordnet wäre; die Blauzungenimpfung zu massiven Impfschäden geführt habe (Verlust von Tieren aufgrund von Notschlachtungen oder Totgeburten sowie Umsatzrückgänge und hohe Tierarztrechnungen); die Beschwerdeführer aufgrund des Sömmerungsverbotes einen Drittel ihres Rindviehbestandes schlachten müssten, weil sonst die Düngerbilanzen überschritten würden; sie somit finanzielle Verluste ertragen müssten und ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet wäre; die privaten Interessen die öffentlichen daher überwiegen;

- die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 15. Mai 2009 unter Verweis auf die Ausführungen im Beschluss vom 28. April 2009 im Wesentlichen vorbringt, Ziel der obligatorischen Impfung gegen die Blauzungenkrankheit sei eine möglichst hohe Impfdeckung bei Rindern und Schafen; ungeimpfte Wiederkäuer ein Reservoir für Bluetongue-Viren darstellten und somit die Viruszirkulation in der Mückenpopulation aufrechterhielten; in den Sommermonaten diese die Bluetongue-Viren übertragenden Mücken (Gnitzen) vermehrt und auch über 2000 Meter vorkämen; die Mücken somit ein erhöhtes Infektionsrisiko ungeimpfter Jungtiere in umliegenden Beständen darstellten und eine Seuche durch Tierhandel, Sömmerung oder Ausstellungen in weite Gebiete verschleppt werden könnte; die Aktivitätszeit der die Bluetongue-Viren übertragenden Mücken bereits im April beginne; aus seuchenpolizeilichen Gründen die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung daher gerechtfertigt erschiene; die Ausbreitung der Blauzungenkrankheit durch die einfache Sperre 1. Grades verhindert werden soll; ein Ausbruch der Seuche auf dem Bestandesbetrieb der Beschwerdeführer leichter kontrolliert werden könne als im Sömmerungsgebiet; die Früherkennung aufgrund regelmässiger Kontrollen und die medizinische Versorgung der Tiere wesentlich effizienter seien; somit auch aus tierschutzrechtlicher Sicht ein Interesse daran bestehe, dass die Tiere nicht einem erhöhten und unkontrollierbaren Krankheitsrisiko ausgesetzt würden und einer tierärztlichen Behandlung gut zugänglich wären; im Fall eines Ausbruchs der Blauzungenkrankheit Rückstände im Fleisch und in der Milch nicht auszuschliessen wären und die Ausbreitung der Blauzungenkrankheit in der Landwirtschaft zu bedeutenden wirtschaftlichen Schäden führen könnte, der Schaden pro betroffene Milchkuh auf rund Fr. 300.-- geschätzt werde; nebst dem Schutz der Gesundheit der Wiederkäuerpopulation und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit somit auch ein wirtschaftliches Interesse an der Verhinderung der

Ausbreitung der Blauzungenkrankheit bestehe; die öffentlichen Interessen die privaten Interessen der Beschwerdeführer überwiegen würden;

- die Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat, wenn die Vorinstanz nicht aus wichtigen Gründen etwas anderes anordnet (Art. 64 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 VRPV);

- die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit in der Regel aufschiebende Wirkung hat; der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch eine erhebliche und unmittelbare Gefährdung wichtiger öffentlicher oder privater Interessen geboten sein muss (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 29.12.1999, OG V 99 63, E. 2; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz.1101); somit derart bedeutende und dringliche öffentliche und/oder private Anliegen, die den Interessen an einem Aufschub der Wirksamkeit einer Anordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage vorgehen, vorliegen müssen; einer Beschwerde der Suspensiveffekt nur entzogen werden kann, wenn die Gründe, die für die sofortige Vollstreckung sprechen, den Vorrang beanspruchen können, vordringlich bzw. gewichtiger sind als die Interessen an einem Aufschub (BGE 117 V. 191, 110 V 45; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 16 zu Art. 68); als solche öffentliche Interessen insbesondere polizeiliche Schutzgüter in Betracht fallen; ein während Jahren geduldeter oder gar bewilligter Zustand noch einige Zeit andauern kann, wenn nicht konkrete und dringliche Anliegen eine sofortige Korrektur als unumgänglich erscheinen lassen; dem Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Interessenabwägung besondere Beachtung geschenkt werden muss; die Prozessaussichten mitberücksichtigt werden können, sofern sie eindeutig sind (BGE 117 Ib 191, 111 V 56, 110 V 45; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 244 f.);

- vorliegend einer Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen;

- belegt ist, dass in Frankreich, wo die Impfung 2008 nicht obligatorisch war, rund 30'000 Fälle verzeichnet wurden (UFA-Revue: Impfung bleibt nötig, 04.02.2009); somit die Krankheit mit einer freiwilligen Impfung nicht unter Kontrolle gehalten werden kann; es bei der Blauzungenkrankheit sich um eine rasch ausbreitende Krankheit in ganz Europa handelt und in der Landwirtschaft zu bedeutenden wirtschaftlichen Schäden führen kann; sich die Blauzungenkrankheit durch blutsaugende Stechmücken (sog. Gnitzen) verbreitet; es unmöglich ist, diese Mücken zu eliminieren, es nur eine Möglichkeit gibt, der Krankheit entgegen zu treten, nämlich mit der Blauzungenimpfung; das Ziel der obligatorischen Blauzungenimpfung ist, die Schweizer Nutztierpopulation vor der Blauzungenkrankheit weitgehend zu schützen; Ausbrüche der Blauzungenkrankheit dem betroffenen Land massive ökonomische Nachteile bringen; für die Bekämpfung derzeit nebst Handelsrestriktionen nur die Impfung in Frage kommt; aufgrund dieser Erkenntnis sich auch die Schweiz 2008 wie viele andere europäische Länder auch für eine Immunisierung der empfänglichen Tierpopulation entschieden haben (www.bvet.ch, Abfrage vom 20.05.2009); die Impfkampagne seit dem 1. Februar und bis Ende Mai 2009 läuft (UFA-Revue: Impfung bleibt nötig, 04.02.2009); bis dahin alle betroffenen Tiere geimpft sein müssen (s. Verordnung des BVET über Impfungen gegen die Blauzungenkrankheit im Jahr 2009 vom 14.01.2009 [SR 916.401.348.2], Art. 2); somit Gefahr im Verzug ist; zudem die drei verwendeten Impfstoffe bereits vor der Impfkampagne durch das Institut für Viruskrankheiten und Immunprophylaxe (IVI) getestet wurden (www.bvet.ch, Abfrage vom 20.05.2009); dabei keinerlei Hinweise auf gravierende Nebenwirkungen gefunden wurden (weder auf die Qualität der Milch, die Fruchtbarkeit der Tiere noch auf die Zahl der Aborte); als Nebenwirkung einzig vorübergehende Schwellungen bei der Einstichstelle zu beobachten waren (www.bvet.ch, Abfrage vom 20.05.2009); weder Fleisch noch Milch von geimpften Tieren ein Risiko für die Konsumenten und Konsumentinnen darstellen;

- ein überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht, dass so rasch als möglich im Hinblick auf die rasche Verbreitung der Bluetongue-Krankheit in der bald beginnenden Sömmerungszeit sämtliche ungeimpfte Wiederkäuer geimpft werden; Tiere nicht leichthin einem erhöhten und unkontrollierbaren Krankheitsrisiko ausgesetzt werden sollen; die Ausbreitung der Krankheit zu massiven wirtschaftlichen Schäden in der Landwirtschaft führt; die obligatorische Blauzungenimpfung diesem Zweck dienen soll; die sofortige Vollstreckbarkeit der Impfung somit zu Recht angeordnet wurde; ...

Nr. 19 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 6 EMRK. Art. 29a BV. Art. 110 BGG. Art. 58 VRPV. Das Bundesgerichtsgesetz schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet. Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb diesem auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können. Damit wird die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV bzw. Art. 6 EMRK umgesetzt, welche eine uneingeschränkte Sachverhalts- und Rechtskontrolle durch (wenigstens) ein Gericht verlangt. Kantonale prozessrechtliche Novenverbote halten heutiger bundesgerichtlicher Überprüfung nicht mehr Stand.

Bundesgericht, 20. April 2009, 2C_651/2008

(Das Bundesgericht hiess eine gegen den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Uri vom 11.07.2008, OG V 08 14, erhobene Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten gut.)

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

4.2 Das Bundesgerichtsgesetz schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 110 BGG). Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb diesem auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können (ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 11 zu § 52; RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, S. 372; HEINER WOHLFART, Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 98a OG an die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, in: AJP 1995 S. 1431). Damit wird die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV bzw. Art. 6 EMRK umgesetzt, welche eine uneingeschränkte Sachverhalts- und Rechtskontrolle durch (wenigstens) ein Gericht verlangt.

Die Erwägungen des Obergerichts, wonach für seinen Rechtsmittelentscheid die Sachlage zur Zeit des Erlasses der erstinstanzlichen Verfügung massgebend sei und nachträgliche Veränderungen wegen des kantonalen prozessrechtlichen Novenverbots nicht berücksichtigt werden könnten (S. 5/6 des angefochtenen Entscheides), halten damit heutiger bundesgerichtlicher Überprüfung nicht (mehr) stand (vgl. dazu auch das zur Publikation vorgesehene Urteil 2C_607/2008 vom 24. März 2009, E. 3.3). Die Beschwerde ist auch aus diesem Grund gutzuheissen.

Nr. 20 Fremdenpolizei. Art. 4 ANAG. Das private Interesse der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Kinder am Verbleib in der Schweiz ist höher zu gewichten, als das öffentliche Interesse an der Nichtverlängerung der

Aufenthaltsbewilligung. Die Beschwerdeführerin hat ihren schweizerischen Ehemann und die Kinder haben ihren Stiefvater verloren. Diesem Umstand ist bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Die Beschwerdeführerin und ihre Kinder haben in der Schweiz enge persönliche Beziehungen und sind gut integriert. Die Beschwerdeführerin geht einer Erwerbstätigkeit nach und fällt der öffentlichen Fürsorge nicht zur Last. Eine Rückkehr nach Brasilien erscheint vor allem mit Rücksicht auf das Kindeswohl als nicht zumutbar.

Obergericht, 18. April 2008, OG V 07 48

Aus den Erwägungen:

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei unverhältnismässig, wenn die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert werde. Ein solcher Entscheid lasse sich mit Ermessensspielraum nicht rechtfertigen, der Ermessensspielraum sei missbraucht resp. überschritten.

6. a) Nach Art. 4 ANAG entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der Ausländer könne sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 126 II 337 f. E. 1a).

b) Die Beschwerdeführerin erlangte ihre Aufenthaltsbewilligung bis anhin gestützt auf Art. 7 Abs. 1 ANAG. Danach hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers Anspruch auf die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Dieser Anspruch erlischt jedoch, wenn die Ehe rechtlich keinen Bestand mehr hat, wie etwa dann, wenn der schweizerische Ehegatte verstorben ist (Bundesamt für Migration BFM, Weisungen und Erläuterungen über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt [ANAG-Weisungen], 3. Aufl., Bern 2006, Ziff. 652).

c) Als weitere Anspruchsnormen kommen allenfalls Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV in Betracht. Beide gewährleisten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der Schutzbereich des Familienlebens umfasst v.a. das Zusammenleben mit der Kernfamilie, d.h. mit dem Ehepartner und den gemeinsamen Kindern. Da der Ehegatte der Beschwerdeführerin verstorben ist, kann sich die Beschwerdeführerin nicht mehr auf den Schutz des Familienlebens berufen. Zu prüfen bleibt, ob ihr die Garantie auf Achtung des Privatlebens einen Aufenthaltsanspruch verschaffen kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedarf es dafür besonders intensiver, über eine normale Integration hinausgehender privater Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären bzw. ausserhäuslichen Bereich (BGE 130 II 286 E. 3.2.1). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin zwar engen Kontakt zur Familie ihres verstorbenen Ehemannes. Auch geht sie einer Erwerbstätigkeit nach. Dies reicht jedoch nicht, um daraus einen Anspruch auf Aufenthalt abzuleiten.

d) Vielmehr sind diese Umstände beim "freien" Ermessensentscheid der zuständigen Behörde nach Art. 4 ANAG miteinzubeziehen. Bei der Ermessensausübung ist die Behörde jedoch nur insofern frei, als sie ihr Ermessen pflichtgemäss und nicht rechtsfehlerhaft ausübt. Entscheide, welche einen qualifizierten Ermessensfehler (Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensunterschreitung) beinhalten, müssen von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 473). Dabei liegt eine Ermessensüberschreitung vor, wenn das Ermessen in einem Bereich ausgeübt wird, in dem der Rechtssatz kein Ermessen eingeräumt hat

(Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 467). Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere willkürlich und rechtungleich, betätigt wird. Der Entscheid ist sodann nicht nur unzweckmässig oder unangemessen, sondern unhaltbar; er steht im Widerspruch zu Verfassungsprinzipien oder zu Sinn und Zweck des Gesetzes (BGE 123 V 152 E. 2; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 21.11.2005, OG V 05 34, E. 5d; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 463 f.). So begeht bspw. auch diejenige Behörde einen Ermessensmissbrauch, welche den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 E. 2, Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 21.11.2005, OG V 05 34, E. 5d; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 315).

7. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist das private Interesse der Beschwerdeführerin an einem weiteren Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung abzuwägen.

a) Als öffentliches Interesse haben die Bewilligungsbehörden bei ihren Entscheidungen die geistigen und wirtschaftlichen Interessen sowie den Grad der Überfremdung des Landes zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 1 ANAG). Die Schweiz betreibt hinsichtlich des Aufenthalts von Ausländern eine restriktive Politik (vgl. BGE 122 II 6 f. E. 3a). Diese wird durch die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, aSR 823.21) konkretisiert und umgesetzt. 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 eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung ausgerichtet (Art. 1 lit. a und c BVO). Die gemäss BVO festzulegenden Höchstzahlen gelten gemäss Art. 12 Abs. 2 BVO nicht für Ausländer, die die Aufenthaltsbewilligung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BVO erhalten haben, d.h. nicht für ausländische Familienangehörige von Schweizern. Die Beschwerdeführerin unterliegt der zahlenmässigen Begrenzung der Ausländer damit nicht. Die Verlängerung ihres Aufenthaltes hängt somit nicht davon ab, ob sie die strengen Zulassungskriterien im Rahmen der bestehenden Kontingente (Art. 8 BVO) oder die Voraussetzungen der Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung (Art. 13 lit. f BVO) erfüllt (BVGE C-481/2006 vom 08.05.2007 E. 3.2).

b) Im Rahmen der Interessenabwägung sind die ANAG-Weisungen des BFM zu beachten. Gemäss deren Ziff. 654 kann die Aufenthaltsbewilligung, namentlich zur Vermeidung von Härtefällen, auch nach der Auflösung der Ehe verlängert werden. Massgebend sind dabei hauptsächlich folgende Umstände: Dauer der Anwesenheit, persönliche Beziehungen zur Schweiz (insb. wenn Kinder vorhanden sind), berufliche Situation, Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage, persönliches Verhalten, Integrationsgrad. Zu berücksichtigen sind ferner die Umstände, die zur Auflösung der Ehe geführt haben. Härtefälle sind zu vermeiden. Bezüglich dieser Härtefälle verweisen die ANAG-Weisungen auf Art. 50 AuG und auf die Botschaft zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (BBI 2002 3754 und 3795). Art. 50 AuG regelt den allfälligen Anspruch des Ehegatten und der Kinder auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bei Auflösung der Familiengemeinschaft. Ein solcher Anspruch besteht gemäss Art. 50 Abs. 1 AuG dann, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (lit. a) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (lit. b). Ein weiterer Aufenthalt in der Schweiz kann sich etwa dann als erforderlich erweisen, wenn der in der Schweiz lebende Ehepartner verstorben ist. Demgegenüber ist eine Rückkehr zumutbar, wenn der Aufenthalt in der Schweiz nur kürzere Zeit gedauert hat, keine engen Beziehungen zur Schweiz geknüpft wurden und die erneute Integration im Herkunftsland keine besonderen Probleme stellt (BBI 2002 3754 Ziff. 1.3.7.6).

8. a) Die Beschwerdeführerin heiratete am 14. Mai 2004 in Altdorf den Schweizer X. Der vorherige Einreisezeitpunkt ist nicht aktenkundig. Gestützt auf die Heirat erhielt die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2004 eine befristete Aufenthaltsbewilligung B. Zum Zeitpunkt des Todes ihres Ehegatten am 1. November 2006 hatte die Ehe erst zweieinhalb Jahre Bestand. Die Beschwerdeführerin hielt sich zum massgeblichen Zeitpunkt (12.11.2007: Erlass angefochtener Einspracheentscheid) seit rund 3 ½ Jahren in der Schweiz auf. Am 1. März 2005 und am 19. September 2006 reisten die beiden Kinder der Beschwerdeführerin, Y und Z, im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein. Y ist sechs Jahre alt und kam im Alter von drei Jahren in die Schweiz. Z ist bereits dreizehn Jahre alt und reiste im Alter von elf Jahren in die Schweiz ein. Insgesamt kann die Anwesenheitsdauer der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Kinder als noch nicht sehr lange bezeichnet werden. Sie ist jedoch auch nicht kurz. Dabei gilt es zu bedenken, dass ein Teil der Lehre vorschlägt, nach einer zehnjährigen Anwesenheitsdauer eine so starke Verbundenheit mit der Schweiz anzunehmen, dass diese dem Schutzbereich des Privatlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV zuzuordnen wäre und somit einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz begründen würde (BVGE C-481/2006 vom 08.05.2007 E. 2.3).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie und ihre beiden Kinder enge persönliche Beziehungen zur Schweiz hätten. So insbesondere zur Mutter A und zur Nichte B des verstorbenen Ehemannes. Beide betreuten die Kinder regelmässig, während die Beschwerdeführerin ihrer Erwerbstätigkeit nachgehe. Insbesondere A sei für die Beschwerdeführerin wie eine Mutter geworden, resp. die beiden Kinder empfänden sie als ihre Grossmutter. Auch habe A in der Beschwerdeführerin und den beiden Kindern eine neue Familie gefunden. Dies, nachdem sie ihre eigenen Kinder bereits früh verloren habe. Sie betrachte die Kinder der Beschwerdeführerin als ihre eigenen. Gemäss dem Hausarzt der Familie C, Dr. med. Q, Altdorf, könnten bei einer Wegweisung der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Kinder Suizidhandlungen von A nicht ausgeschlossen werden, da solche in Verlustsituationen bereits früher stattgefunden hätten.

Dass die geschilderten Beziehungen auch tatsächlich gelebt werden, wird von der Vorinstanz schon nicht bestritten. So hat A bei der Vorinstanz denn auch persönlich um die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin ersucht und sie nahm an der öffentlichen mündlichen Schlussverhandlung vor Obergericht teil.

c) Die Beschwerdeführerin arbeitet seit 1. März 2008 als Küchenmitarbeiterin bei der D und geht somit einer regelmässigen Erwerbstätigkeit nach. Zudem erhält sie eine AHV-Witwen- und Waisenrente. Die Beschwerdeführerin bezeichnet sich damit als wirtschaftlich unabhängig. Von Dezember 2006 bis Januar 2007, unmittelbar in den Monaten nach dem Tod ihres Ehemannes, musste die Beschwerdeführerin vom Sozialamt unterstützt werden. Bereits im Jahre 2005 arbeitete sie als Hausangestellte im Gasthaus E und im Jahre 2006 als Küchenhilfe bei der F. Aufgrund wirtschaftlicher Umstrukturierungen wurde ihr dort jedoch gekündigt. Seit Januar 2006 arbeitete sie zudem unregelmässig als Putzfrau bei G. Dieser Erwerbstätigkeit ging die Beschwerdeführerin ohne Arbeitsbewilligung nach, wobei dieser Umstand auf einem Irrtum seitens des Arbeitgebers beruhte. Es kann schon mangels gegenteiliger Hinweise davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin auch in Zukunft einer Erwerbstätigkeit nachgehen wird.

d) Das persönliche Verhalten der Beschwerdeführerin hat bisher zu keinen Klagen Anlass gegeben. Insbesondere ist positiv zu werten, dass sie einen Teil der bezogenen wirtschaftlichen Sozialhilfe zurückerstattet hat. Aufgrund eines anonymen Hinweises ging die Kantonspolizei Uri dem Vorwurf nach, die Beschwerdeführerin prostituere sich und vernachlässige ihre Kinder. Dieser Verdacht bestätigte sich nicht. Die Polizei ging davon aus, dass es sich beim anonymen Hinweis um einen Racheakt handelte. Der ermittelnde Polizist erhielt einen guten persönlichen Eindruck von den Verhältnissen, in welchen die Beschwerdeführerin und ihre Kinder leben.

e) Bezüglich Integration der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass diese gemäss eigenen Angaben seit längerem einen Deutschkurs in der Berufsschule Uri besucht und auch weiterhin Deutschkurse belegen möchte. Der Sohn der Beschwerdeführerin geht in den Kindergarten, während die Tochter die 6. Primarklasse absolviert. Die Schulleitung erstellte Z mit Bericht vom 2. Juli 2007 eine gute Integrationsprognose. Insbesondere habe sie schnell Kontakt zu den Mädchen in der neuen Klasse gefunden und habe sich auch rasch mit den Gewohnheiten an der Schule vertraut gemacht. Zwar ist mit der Vorinstanz darin einig zu gehen, dass die Integration eher dem entspricht, was entsprechend der Aufenthaltsdauer erwartet werden kann. Trotzdem kann der Beschwerdeführerin und ihren beiden Kindern insgesamt eine gute Integrationsprognose gestellt werden.

f) Die Beschwerdeführerin macht geltend, es wäre für sie und die beiden Kinder eine grosse Härte, wieder nach Brasilien zurückkehren zu müssen. Es werde mit allem Nachdruck bestritten, dass die Beschwerdeführerin bei einer Ausweisung nach Brasilien aufgrund der Witwen- und Waisenrente mehr oder weniger wirtschaftlich unabhängig sein würde. Die Beschwerdeführerin müsste auch in ihrem Heimatland einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Die Kinder wären tagsüber in der Grossstadt auf sich alleine gestellt, was insbesondere für die Tochter Z grosse Gefahren in sich trage. Die Beschwerdeführerin hätte keine Möglichkeiten, die Kinder bei Verwandten oder Bekannten unterzubringen. Bevor die Kinder in die Schweiz gekommen seien, hätten sie bei einer Grosstante gelebt. Aus gesundheitlichen Gründen könne diese die Kinder jedoch unter keinen Umständen nochmals zu sich nehmen. Das Gleiche gelte für die Grosseltern der Kinder. Z sei von ihrer Grosstante sogar geschlagen worden. Auch bei der Schwester der Beschwerdeführerin könnten sie nicht unterkommen, da deren Mann das nicht wolle. Seit sich auch Z in der Schweiz befinde, habe die Beschwerdeführerin kaum noch Kontakt zu den Verwandten in Brasilien.

Tatsächlich bestehen bezüglich der Zumutbarkeit der Rückkehr nach Brasilien Zweifel. Es erscheint glaubwürdig, dass die Beschwerdeführerin auch in Brasilien einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsste und dass sie bezüglich Kinderbetreuung kaum auf die Unterstützung ihrer Verwandten zählen könnte. Insbesondere für die Kinder wäre eine erneute Änderung der Lebensumstände schwierig, haben sie sich doch gut in der Schweiz eingelebt und hier eine neue Familie und Freunde gefunden. Nach dem plötzlichen Tod ihres Stiefvaters dürften sich wieder stabile Verhältnisse gebildet haben. Bei einer Wegweisung aus der Schweiz müssten sich die Kinder schon wieder an eine neue Situation gewöhnen. Angesichts der genannten, eher problematischen Umstände, mit welchen sich die Beschwerdeführerin in ihrem Heimatland konfrontiert sähe, und mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder erscheint eine Rückkehr nach Brasilien als nicht zumutbar.

Nr. 21 Fremdenpolizei. Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Art. 10 Abs. 1 lit. a, Art. 11 Abs. 3 aANAG. Verurteilung des Ausländers wegen Vergewaltigung. Vorliegen eines Ausweisungsgrundes. Verhältnismässigkeit der Ausweisung. Bei schweren Straftaten, insbesondere bei Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, und erst recht bei Rückfall bzw. wiederholter Delinquenz besteht ein wesentliches öffentliches Interesse an einer Ausweisung. Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung sind die vom Strafrichter verhängten Strafen. Wird ein Strafurteil nicht angefochten, bleibt regelmässig kein Raum, im ausländerrechtlichen Verfahren die Beurteilung des Strafrichters in Bezug auf die Strafzumessung zu relativieren. Der Beschwerdeführer hat ein schweres Sexualdelikt an einer 16-jährigen begangen und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber deren persönlicher (physischer, psychischer und sexueller) Integrität gezeigt.

Aus den Erwägungen:

2. a) Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) in Kraft. Dieses Gesetz gilt für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge (insb. mit der EU/EFTA) zur Anwendung kommen (Art. 2 AuG). Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Serbien und Montenegro. Das AuG ist daher grundsätzlich anwendbar. Das AuG bestimmt jedoch in Art. 126 Abs. 1, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Aufgrund des Urteiles des Strafgerichtes des Kantons Zug vom 29. August 2007 leitete die Vorinstanz noch im Jahre 2007 die Prüfung fremdenpolizeilicher Massnahmen ein. Somit ist auf den vorliegenden Sachverhalt das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (aANAG, aSR 142.20) anzuwenden.

b) Das ANAG regelt in den Art. 9 - 13 verschiedene Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen. Bei der Anordnung solcher Massnahmen sind v.a. folgende Begriffe zu unterscheiden: Widerruf, Ausweisung, Heimschaffung und Wegweisung. Eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung kann u.a. widerrufen werden, wenn der Ausländer die Bewilligung durch falsche Angaben oder wissentliches Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat (Art. 9 Abs. 2 und 4 ANAG). Demgegenüber haben die Ausweisung oder Heimschaffung das Erlöschen der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zu Folge (Art. 9 Abs. 1 lit. d und Abs. 3 lit. b ANAG). Die Ausweisung ist in Art. 10 f. ANAG geregelt und ist die schärfste ausländerrechtliche Massnahme (Andreas Zünd, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel 2002, Rz. 6.2). Sie verpflichtet den Ausländer, die Schweiz zu verlassen, aber auch, sie für die angeordnete Dauer nicht wieder zu betreten (Art. 11 Abs. 4 ANAG). Bei der Heimschaffung handelt es sich um die Überführung des fürsorgebedürftigen Ausländers aus der Fürsorge des Aufenthaltsstaates in diejenige des Heimatstaates. Sie wird von den beteiligten Staaten vereinbart. Dabei müssen grundsätzlich dieselben Voraussetzungen erfüllt sein wie für die Ausweisung. Die Heimschaffung verbietet aber die Wiedereinreise nicht (Andreas Zünd, a.a.O., Rz. 6.37). Schliesslich kann eine Wegweisung verfügt werden, wenn der Ausländer keine Bewilligung (mehr) besitzt (Art. 12 Abs. 1 ANAG), bspw. weil die grundsätzlich befristete Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert wird. Verbunden mit einer Einreisesperre (Art. 13 Abs. 1 ANAG) lässt sich mit einer Wegweisung dasselbe Resultat erzielen wie bei einer Ausweisung (Andreas Zünd, a.a.O., Rz. 6.23). Bei der Niederlassungsbewilligung, welche unbefristet ist (Art. 6 Abs. 1 ANAG), kommt in der Praxis v.a. die Ausweisung zur Anwendung (Andreas Zünd, a.a.O.).

3. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei davon auszugehen, dass die Vorinstanz eine Ausweisung verfügt habe. Eine solche könne entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid nicht gemäss Art. 17 ANAG begründet werden.

b) Gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG hat der Ehegatte eines niederlassungsberechtigten Ausländers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen (Satz 1). Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat der Ehegatte ebenfalls Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (Satz 2). Ledige Kinder unter 18 Jahren haben Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit ihren Eltern zusammen wohnen (Satz 3). Die Ansprüche erlöschen, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat (Satz 4).

c) Der Beschwerdeführer ist Inhaber einer Niederlassungsbewilligung. Diese erhielt er als 15-Jähriger im Rahmen des Familiennachzuges gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. Eine gestützt auf diese Bestimmung erworbene Niederlassungsbewilligung verleiht einem Kind ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (BGE 127 II 66; Andreas Zünd, a.a.O., Rz. 6.25). Wurde die Niederlassungsbewilligung einmal erteilt, kann sie nur aufgrund der in Art. 9 Abs. 3 ANAG aufgelisteten Gründe erlöschen oder gemäss Art. 9 Abs. 4 ANAG widerrufen werden. Sie kann jedoch nicht gestützt auf Art. 17 Abs. 2 Satz 4 ANAG (Verstoss gegen die öffentliche Ordnung) erlöschen. Ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung hat lediglich Auswirkungen auf den Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung oder den Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, nicht aber auf deren Bestand.

4. Die Niederlassungsbewilligung erlischt u.a. mit der Ausweisung (Art. 9 Abs. 3 lit. b ANAG). Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann der Ausländer aus der Schweiz oder aus einem Kanton ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Die Ausweisung soll jedoch nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG), d.h. verhältnismässig ist. Dabei ist namentlich auf die Schwere des Verschuldens des Ausländers, auf die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und auf die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile abzustellen (Art. 16 Abs. 3 Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (aANAV, aSR 142.201). Es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage (BGE 125 II 523 E. 2a).

Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil vom 29. August 2007 vom Strafgericht des Kantons Zug wegen Vergewaltigung zu 18 Monaten Freiheitsstrafe, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges für eine Probezeit von zwei Jahren, verurteilt. Damit ist der Ausweisungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG grundsätzlich erfüllt.

5. Zu prüfen bleibt, ob die Anordnung einer Ausweisung verhältnismässig ist. Der Beschwerdeführer bestreitet dies.

a) Bezüglich seines Verschuldens macht der Beschwerdeführer geltend, das zuständige Strafgericht habe ausgeführt, dass die angewandte Gewalt nicht übermässig war, der Vorfall nur kurze Zeit dauerte und das Opfer den Beschuldigten bereits etwas kannte, weshalb das Verschulden nicht gravierend, sondern erheblich sei. Es habe ihm eine günstige Prognose gestellt werden können. Zu berücksichtigen sei, dass keine Landesverweisung ausgefällt worden sei. Weitere Straftaten würden nicht befürchtet, ansonsten nicht der bedingte Vollzug gewährt worden wäre. Gemäss Rechtsprechung und Literatur sei erst bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und mehr bspw. ein Widerruf angezeigt.

b) Vorab ist festzuhalten, dass es keine Regel gibt, wonach Ausweisungen erst bei Freiheitsstrafen ab zwei Jahren angeordnet werden. Die angesprochene Zwei-Jahres-Regel betrifft den Anspruch gemäss Art. 7 ANAG auf Nachzug des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers. Der Anspruch kann bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes entfallen, was eine auf die besondere Interessenlage bei Trennung von Ehegatten ausgerichtete Verhältnismässigkeitsprüfung verlangt. Ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 7 ANAG kommt der erwähnte Richtwert nicht zur Anwendung (BGE 2A.283/2005 vom 17.08.2005 E. 3.2).

c) Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung sind die vom Strafrichter verhängten Strafen. Wird ein Strafurteil nicht angefochten, bleibt regelmässig kein Raum, im ausländerrechtlichen Verfahren die Beurteilung des Strafrichters in Bezug auf die Strafzumessung zu relativieren (BGE 2A.283/2005 vom 17.08.2005 E. 3.2). Der Strafrahmen für Vergewaltigungen beträgt ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe (Art. 190 Abs. 1 StGB). Vergewaltigung ist ein Verbrechen

(Art. 10 Abs. 2 StGB). Der Beschwerdeführer wurde zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten bedingt verurteilt. Damit wurde eine verhältnismässig milde Strafe verhängt. Dies vermag jedoch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer ein schweres Sexualdelikt an einer 16-Jährigen begangen hat und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber deren persönlicher (physischer, psychischer und sexueller) Integrität gezeigt hat, nicht zu ändern. Bei schweren Straftaten, insbesondere bei Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, und erst recht bei Rückfall bzw. wiederholter Delinquenz besteht ein wesentliches öffentliches Interesse an einer Ausweisung (BGE 122 II 436 E. 2c). Aus den Argumenten bezüglich Nichtanordnung einer Landesverweisung und Gewährung des bedingten Vollzugs vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Am 1. Januar 2007 trat der revidierte allgemeine Teil (AT) des Strafgesetzbuches in Kraft, welcher die Verhängung einer Landesverweisung als Nebenstrafe nicht mehr vorsieht. Unter Geltung des alten AT StGB stand eine Landesverweisung einer Ausweisung nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG jedoch ohnehin nicht entgegen (BGE 2A.283/2005 vom 17.08.2005 E. 2.1). Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Der dem Beschwerdeführer gewährte bedingte Vollzug ist unter diesem Gesichtspunkt nichts Ungewöhnliches. Aufgrund der Vergewaltigung als solcher besteht ein öffentliches Interesse an der Ausweisung des Beschwerdeführers.

6. a) Je länger ein Ausländer in der Schweiz anwesend war, desto strengere Anforderungen sind grundsätzlich an die Anordnung einer Ausweisung zu stellen. Dabei ist zu berücksichtigen, in welchem Alter der Ausländer in die Schweiz eingereist ist. Ausgeschlossen ist eine Ausweisung jedoch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst bei Ausländern der "zweiten Generation" nicht. Dies gilt umso mehr für Ausländer, die erst als Kind oder Jugendliche in die Schweiz gelangt sind (BGE 125 II 523 f. E. 2b).

b) Beim Beschwerdeführer handelt es sich nicht um einen Ausländer "zweiter Generation". Er ist am 6. Februar 1999 im Alter von 15 Jahren in die Schweiz eingereist. Zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheides lebte er seit neun Jahren in der Schweiz. Dabei kann nicht von einer kurzen, aber auch noch nicht von einer sehr langen Anwesenheit gesprochen werden. Der Beschwerdeführer hat seine Kindheit und einen Teil seiner Jugend in Serbien und Montenegro verbracht. Er besuchte dort die Grundschule. Der Beschwerdeführer scheint zwar gut in der hiesigen Arbeitswelt integriert zu sein. Gemäss seinem Rechtsvertreter spricht er perfekt Schweizerdeutsch und seine gesamte engere Verwandtschaft befindet sich in der Schweiz. Das Verhalten des Beschwerdeführers gegenüber der im Gaststaat herrschenden Ordnung lässt aber zu wünschen übrig. Nebst der Vergewaltigung wurde der Beschwerdeführer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland des Kantons Zürich vom 22. Juni 2005 der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG, SR 514.54) und der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG, SR 921.0) schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 500.-- unter Auferlegung einer Probezeit von einem Jahr für die Löschung im Strafregister bestraft. Aus dem Strafbefehl ergibt sich, dass der Beschwerdeführer als über 20-Jähriger eine Schlagrute im Auto mit sich geführt hat, obwohl dieses Gerät einzig dazu bestimmt ist, Menschen Verletzungen zuzufügen, was er gewusst habe. Dazu kommen Strassenverkehrsdelikte, die am 2. Dezember 2004 zu einer Bestrafung durch das Bezirksamt Schwyz mit einer Busse von Fr. 700.-- führten. Dass der Beschwerdeführer Mühe mit der Einhaltung der geltenden Rechtsordnung bekundet, besagt auch der Umstand, dass er in den Jahren 2005 und 2007 trotz regelmässigen Einkommens seine Steuerrechnungen (2005 zum grössten und 2007 zum weit überwiegenden Teil) nicht bezahlt hat. Eine Rückkehr in sein Heimatland ist dem Beschwerdeführer zumutbar. Er ist in seinem Heimatland nicht auf sich alleine gestellt. Die Ehefrau des Beschwerdeführers lebt in Serbien und Montenegro bei ihren Eltern und geht einer Erwerbstätigkeit nach. Der Beschwerdeführer reiste gemäss eigenen Angaben zweimal

pro Jahr für jeweils zwei bis drei Wochen in sein Heimatland. Dieses ist ihm daher nicht fremd. Mit seiner in der Schweiz erworbenen Berufserfahrung dürfte es für ihn nicht schwer sein, in seiner Heimat zusammen mit seiner Ehefrau eine Existenz aufzubauen.

Insgesamt überwiegt das öffentliche Interesse an der Ausweisung des Beschwerdeführers dessen privates Interesse am Verbleib in der Schweiz. Die fremdenpolizeiliche Massnahme erweist sich als verhältnismässig. Daran ändert auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Anspruch auf Achtung des Familien- und Privatlebens) nichts. Die Beziehungen des Beschwerdeführers zu seinen in der Schweiz lebenden Familienangehörigen fallen, da er volljährig und nicht in besonderer Weise von ihnen abhängig ist, nicht (mehr) in den Schutzbereich dieser Garantie (BGE 2A.489/2005 vom 30.09.2005 E. 3.5).

Gesagtes erhellt, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich die Prüfung des Gesuchs um Familiennachzug betreffend die Ehefrau des Beschwerdeführers.

Nr. 22 Fremdenpolizei. Art. 17 Abs. 2 aANAG. Art. 16 Abs. 3 aANAV. Anspruch des ausländischen Ehegatten einer niedergelassenen Ausländerin auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen. Erlöschen des Anspruchs auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit können die in Art. 16 Abs. 3 aANAV für die Fälle einer Ausweisung aufgestellten Kriterien - Schwere des Verschuldens des Ausländers, Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz, sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile - analog herangezogen werden. Abbau von über der Hälfte der Schulden. Weder vergangene noch Gefahr einer inskünftigen Fürsorgeabhängigkeit. Straftaten: keine Wegweisung ausschliesslich wegen eines Verhaltens, das der Fremdenpolizei bereits bekannt war, als sie die Verwarnungen bzw. die Drohung der Wegweisung aussprach. Keine Hinweise auf weitere häusliche Gewalt. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und eine damit verbundene Wegweisung aus der Schweiz wäre unverhältnismässig. Die Ehefrau des Beschwerdeführers verfügt über eine Niederlassungsbewilligung. Die Eheleute sind Eltern zweier Söhne. Beide Ehepartner sind berufstätig. Für die Ehefrau des Beschwerdeführers und die Kinder wäre es eine grosse Härte, ihrem Ehemann bzw. Vater in ihr Herkunftsland zu folgen.

Obergericht, 10. Juli 2009, OG V 09 16

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 1 aANAG hat der ausländische Ehegatte eines niedergelassenen Ausländers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen. Der Beschwerdeführer ist mit einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten Landsfrau verheiratet und lebt mit ihr zusammen. Damit steht ihm gestützt auf die erwähnte Bestimmung im Grundsatz ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung zu. Ein gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 4 aANAG bestehender Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erlischt, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit können die in Art. 16 Abs. 3 aANAV für die Fälle einer

Ausweisung aufgestellten Kriterien - Schwere des Verschuldens des Ausländers, Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile - analog herangezogen werden (BGE 2A.257/2002 vom 11.10.2002 E. 2.1, 2A.149/2001 vom 31.08.2001 E.4b/aa).

5. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 23. Oktober 2006 wurde die befristete Aufenthaltsbewilligung B nachträglich an folgende Bedingungen geknüpft: keine neuen Beteiligungen und Verlustscheine, Vorlegen eines Schuldenplanes bis 31. Dezember 2006 und klagloses Verhalten (keine neuen Verurteilungen). Sollte der Beschwerdeführer diese Bedingungen bis zum Ablauf seiner Aufenthaltsbewilligung B nicht erfüllen, so würde sich die Vorinstanz vorbehalten, ihm diese nicht mehr zu verlängern und ihn aus dem Kanton Uri wegzuweisen. Am 18. Januar 2008 verfügte die Vorinstanz die Ablehnung des Gesuches des Beschwerdeführers um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung B vom 6. August 2007.

6. a) Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann das Nichtbezahlen von Schulden, wenn diese einen bedeutenden Umfang annehmen, einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung darstellen (BGE 122 II 391 E. 3b, BGE 2A.616/2002 vom 22.08.2003 E. 3).

b) Vom 1. Oktober 2001 - 16. August 2007 waren gegen den Beschwerdeführer 63 Beteiligungen in der Höhe von insgesamt Fr. 94'004.40 eingeleitet worden. In diesem Betrag sind 24 Verlustscheine in der Höhe von Fr. 37'035.10 enthalten. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass gegen den Beschwerdeführer, entgegen der in der Verfügung vom 23. Oktober 2006 gestellten Bedingungen, in der Zeit vom 8. Januar 2007 - 16. August 2007 insgesamt 13 neue Beteiligungen mit einem Gesamtwert von Fr. 29'786.70 eingeleitet worden seien. Zudem habe der Beschwerdeführer den geforderten Schuldensanierungsplan nicht aufgelegt.

c) Seit dem Jahre 2004 wird dem Beschwerdeführer der Lohn bis zum Existenzminimum gepfändet. Dadurch ist es ihm gelungen, über die Hälfte seiner Schulden abzubauen. Soweit ihm die Vorinstanz vorwirft, er habe ihr keinen Schuldensanierungsplan vorgelegt, ist deshalb zu bemerken, dass der Beschwerdeführer mit der strikten Lohnpfändung bereits alles Mögliche für die Schuldentilgung unternommen hat. Trotzdem ist es dem Beschwerdeführer nicht gelungen, keine Schulden mehr zu machen. Anlässlich der öffentlichen mündlichen Schlussverhandlung vom 10. Juli 2009 legte der Beschwerdeführer eine Bestätigung der Fachstelle für Schuldenfragen Uri vom 18. Juni 2009 zu den Akten. Dem Beschwerdeführer kann somit nicht (mehr) vorgeworfen werden, er sei nicht gewillt, sich in die Gepflogenheiten des Gaststaates einzuordnen.

d) Gemäss dem Einzelarbeitsvertrag zwischen der X und dem Beschwerdeführer vom 29. August 2006 beläuft sich das monatliche Brutto-Einkommen des Beschwerdeführers auf Fr. 3'700.-- (exkl. Schichtzulagen und 13. Monatslohn). Der Beschwerdeführer führte anlässlich der Parteibefragung aus, dass er monatlich Fr. 4'500.-- - Fr. 4'700.-- (inkl. Kinderzulagen) verdiene. Der Beschwerdeführer verfügt offensichtlich über eine feste Anstellung mit regelmässigem Einkommen.

Seit dem 16. März 2009 ist auch die Ehefrau des Beschwerdeführers erwerbstätig. Ihr monatlicher Nettolohn beträgt rund Fr. 2'900.-- (Arbeitsvertrag vom 16.03.2009). Im Rahmen der Befragung als Auskunftsperson vom 10. Juli 2009 gab die Ehefrau des Beschwerdeführers zu Protokoll, dass von ihrem monatlichen Nettogehalt rund Fr. 2'000.-- für die Schuldentilgung dem Betreibungsamt Erstfeld überwiesen werden. Dies wurde auch vom Beschwerdeführer - anlässlich der gleichentags durchgeführten Parteibefragung - bestätigt.

e) Dem vom Obergericht des Kantons Uri angeforderten Beteiligungsregisterauszug des Betreibungsamtes Erstfeld vom 16. Juni 2009 ist zu

entnehmen, dass etliche offene Forderungen bereits bezahlt wurden oder (offene) Verlustscheine bestehen. Die noch pendenten Beträge unterliegen mehrheitlich der Lohnpfändung. Auch dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass die offenen Forderungen in absehbarer Zukunft getilgt werden können.

f) Dem Beschwerdeführer ist zudem zugutezuhalten, dass er nie fürsorgeabhängig wurde. Weder er noch seine Familie sind der öffentlichen Wohlfahrt zur Last gefallen. Aufgrund der aktuellen (finanziellen) Voraussetzungen besteht konkret keine Gefahr einer inskünftigen Fürsorgeabhängigkeit, denn für die Beurteilung der Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit ist die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen (BGE 2A.616/2002 vom 22.08.2003 E. 4.1). Die Ehefrau des Beschwerdeführers - davon wird ausgegangen - wird auch weiterhin zum Familieneinkommen und somit zu einer schnelleren Tilgung der Schulden beitragen können.

7. a) Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer während seines Aufenthaltes in der Schweiz (kleinere) Straftaten verübt hat. Dreimal wurde er strafrechtlich verurteilt.

b) Diese Straftaten stellen zwar Verstösse gegen die öffentliche Ordnung i.S.v. Art. 17 Abs. 2 aANAG dar. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer alle Delikte vor der Verfügung der Vorinstanz vom 23. Oktober 2006 begangen hat. Es bestehen zudem keine Anzeichen dafür, dass der Beschwerdeführer sich nebst den bisher bekannten Delikten in letzter Zeit irgendetwas anderes hat zuschulden kommen lassen. Der Beschwerdeführer ist gemäss Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 30. Juni 2009 im Strafregister nicht verzeichnet. Einen Ausländer ausschliesslich wegen eines Verhaltens wegzuweisen, das der Fremdenpolizei bereits bekannt war, als sie die Verwarnungen bzw. die Drohung der Wegweisung aussprach, erscheint wohl ausgeschlossen (vgl. BGE 2A.616/2002 vom 22.08.2003 E. 5.2). Die Wegweisung muss sich zunächst auf andere, aktuellere Gegebenheiten stützen lassen. Allerdings dürfen und müssen im Rahmen der Interessenabwägung auch Vorfälle während seiner gesamten bisherigen Anwesenheit gewürdigt werden (BGE 2A.382/2001 vom 30.11.2001 E. 2d).

8. Die Vorinstanz beruft sich weiter auf das Vorliegen von häuslicher Gewalt. Die Vorinstanz stützte sich dabei hauptsächlich auf das Schreiben des Sozialamtes der Gemeinde Erstfeld vom 29. November 2007.

a) Dass es zu häuslicher Gewalt gekommen ist, wird vom Beschwerdeführer nach wie vor nicht bestritten. Auf die Frage, wie der Beschwerdeführer seine familiäre Situation beschreiben würde, gab er anlässlich der Parteibefragung vom 10. Juli 2009 zu Protokoll, es gehe im Moment sehr gut. Seine Ehefrau und er würden beide arbeiten und ihre Schulden bezahlen. Er bemühe sich, ein guter Vater zu sein. Im Moment gebe es keine besonderen Schwierigkeiten in der Familie. Sie hätten zwar Probleme gehabt. Sie würden allerdings versuchen, die Probleme zusammen zu lösen. Sie hätten gar keinen Streit mehr.

b) Auch die Ehefrau des Beschwerdeführers brachte im Rahmen ihrer Befragung vom 10. Juli 2009 vor, die eheliche Situation sei gut. Meistens würden sie einander leider nicht sehen, da sie beide arbeiteten. Aber es sei harmonisch und sie würden sich beide um alles kümmern. Eheliche Gewalt sei zwar vorgekommen, weil die Schulden eine grosse Last darstellten und sie beide nicht mehr "vorwärts" sehen konnten. Sie hätten mit sehr wenig Geld auskommen müssen. Jetzt aber würden sie eine Schuldenberatung in Anspruch nehmen und sie habe jetzt ebenfalls eine Erwerbstätigkeit aufgenommen. Häusliche Gewalt sei kein Thema mehr. Sie habe keinerlei Kontakt mehr mit dem Sozialamt Erstfeld wegen häuslicher Gewalt gehabt. Sie führe ein normales Leben mit ihren gemeinsamen Kindern und mit ihrem Ehemann. Sie sei momentan glücklich und zufrieden.

c) Währenddem das Sozialamt Erstfeld in seinem Schreiben vom 29. November 2007 u.a. noch festhielt, dass neben der finanziellen Problematik auch massive Schwierigkeiten in der Ehe, insbesondere häusliche Gewalt, bestehen, brachte es in seinem aktuellen Bericht vom 25. Juni 2009 vor, aufgrund fehlender Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und dem Sozialdienst könne es zu der aktuellen familiären Situation keine Aussagen machen. Seit der Berichterstattung vom 29. November 2007 seien beim Sozialdienst keine weiteren Meldungen betreffend häusliche Gewalt eingegangen. Der Beschwerdeführer beziehe keine Sozialhilfe und habe keine Schulden beim Sozialdienst.

d) Es steht ausser Zweifel, dass die Aussage der Ehefrau des Beschwerdeführers - als Auskunftsperson - im Verfahren um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ein wichtiges Beweismittel sein kann (BGE 5A.8/2005 vom 15.09.2005 E. 4.3). Aussagen von Auskunftspersonen stehen - anders als die Aussagen eines Beteiligten anlässlich einer Befragung, welche Beweisaussagen darstellen - grundsätzlich nicht unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB. Dies mindert die Aussage- und Beweiskraft der von einer Auskunftsperson gemachten Ausführungen, was die Behörden im Rahmen der freien Würdigung des Untersuchungsergebnisses zu berücksichtigen haben (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1990, § 7 N. 21). Beweiswürdigend zu beurteilen ist einerseits anhand des Inhalts der Aussage deren Glaubhaftigkeit und andererseits anhand der Persönlichkeit, der Motivationslage und des Aussageverhaltens der befragten Person deren Glaubwürdigkeit (ZBJV 1996 S. 115 ff.).

Es mag zutreffen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers mit ihren Aussagen ihren Mann, den Beschwerdeführer, schützen will. Doch selbst dem Amtsbericht des Sozialdienstes Erstfeld können keinerlei Hinweise auf weitere häusliche Gewalt entnommen werden. Es scheint glaubwürdig und plausibel, dass Schulden, wie vorliegend, vor allem zu innerfamiliären Spannungen Anlass geben können. Da sich in der Zwischenzeit auch die Schuldenlage des Beschwerdeführers und seiner Familie etwas stabilisiert hat, ist den Aussagen der Ehefrau des Beschwerdeführers, häusliche Gewalt sei kein Thema mehr, Beachtung und Glauben zu schenken. Bei dieser Sachlage fehlen somit genügende Indizien, um auf einen fehlenden Willen zur Führung einer echten ehelichen Lebensgemeinschaft seitens des Beschwerdeführers schliessen zu können.

9. Gesagtes erhellt, dass der Beschwerdeführer sehr wohl gewillt und fähig ist, sich an die im Gaststaat geltende Ordnung zu halten. Die Ehefrau des Beschwerdeführers verfügt über eine Niederlassungsbewilligung. Die Eheleute sind Eltern zweier Söhne (Y, geb. 22.11.2001 und Z, geb. 11.09.2005). Zudem sind beide Ehepartner berufstätig. Damit kann heute die Familie als in der Schweiz gut integriert bezeichnet werden; für die Ehefrau des Beschwerdeführers und die Kinder wäre es sehr hart, ihrem Ehemann bzw. Vater in ihr Herkunftsland zu folgen. Auch angesichts der langen Aufenthaltsdauer der Familie in der Schweiz, des in strafrechtlicher Hinsicht, soweit bekannt, seit 2006 korrekten Verhaltens des Beschwerdeführers, der finanziell "stabileren" Lage der Familie, der Berufstätigkeit beider Ehegatten und der Tatsache, dass die Kinder, die ihr ganzes Leben in der Schweiz verbracht haben, ebenfalls gut integriert sind, erweist sich aus heutiger Sicht die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und eine damit verbundene Wegweisung aus der Schweiz als unverhältnismässig und wäre daher weder mit Art. 17 Abs. 2 aANAG noch mit Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV zu vereinbaren.

Beizufügen bleibt in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer bei einer allfälligen neuen strafrechtlichen Verurteilung mit der Möglichkeit des Widerrufs oder der Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung durch die Vorinstanz rechnen muss, wobei sein bisheriges Verhalten in der Schweiz bei der dannzumal vorzunehmenden Beurteilung mitberücksichtigt werden darf.

Nr. 23 Vormundschaftsrecht. Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29a BV, Art. 404 Abs. 2 und 3, Art. 420, Art. 421 Ziff. 1 ZGB, Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, Art. 13 Abs. 1, Art. 55 Abs. 1 lit. f VRPV. Qualifikation der (Vormundschafts-) Beschwerde i.S.v. Art. 420 Abs. 2 ZGB. Ausgestaltung des Rechtsmittelwegs. Beschwerdelegitimation. Die Veräusserung eines Grundstücks eines Mündels erfolgt durch öffentliche Versteigerung, unter Vorbehalt der Genehmigung des Zuschlags durch die Vormundschaftsbehörde. Ausnahmsweise kann mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Verkauf aus freier Hand stattfinden. Ob ein Mündelgrundstück öffentlich versteigert oder freihändig verkauft werden soll, ist ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Mündelinteresses zu beurteilen. Nach Meinung des Bundesgerichts ist der freihändige Verkauf als Ausnahmefall nur dann gegeben, wenn besondere Gründe den Freihandverkauf rechtfertigen. Die allgemeine Erwägung, dass der Ausgang einer Steigerung immer ungewiss ist, genügt nicht zur Rechtfertigung des Freihandverkaufs. Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB über die betroffenen Grundstücke; dies unter dem Titel "Grundbuchsperrung als vorsorgliche Massnahme". Die Vormerkung dient nur der Sicherung obligatorischer Ansprüche, die sich auf das betreffende Grundstück selbst beziehen und die sich, wenn endgültig anerkannt, grundsätzlich ausserbuchlich auswirken. Von dieser materiellen grundbuchrechtlichen Wirkung ist die Grundbuchsperrung zu unterscheiden. Es beurteilt sich nach Bundesrecht, ob die Grundbuchsperrung die gleiche Wirkung wie eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hat. Die kantonale Grundbuchsperrung müsste sich folglich auf eine bundesrechtliche Bestimmung stützen können, um nicht nur negativ zu wirken, sondern entsprechend der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung auch eine dingliche Wirkung zu entfalten. Feststellung der Nichtigkeit des Zustimmungsbeschlusses der Vormundschaftsbehörde nach Art. 421 Ziff. 1 ZGB. Bei der Zustimmung der vormundschaftlichen Behörde handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern um einen behördlichen Verwaltungsakt. Die Anfechtung einer nichtigen Verfügung läuft auf einen Feststellungsentscheid hinaus.

Obergericht, 4. September 2009, OG V 08 35

Aus den Erwägungen:

7. a) Die Veräusserung von Grundstücken erfolgt nach Weisung der Vormundschaftsbehörde und ist nur in den Fällen zu gestatten, wo die Interessen des Bevormundeten es erfordern, denn Art. 404 Abs. 1 ZGB bezweckt, die Grundstücke als besonders wertvolle Objekte dem Mündel zu erhalten (Ivo Stöckli-Bitterli, Die Pflichten des Vormundes bei Übernahme seines Amtes, Willisau 1986, S. 127; vgl. ZVW 2008 S. 343). Eine Veräusserung darf also nur erfolgen, wenn die Mündelinteressen sie als notwendig erscheinen lassen. Genügende Mündelinteressen stellt u.a. ein dringender, nicht anderweitig behebbarer Geldbedarf dar (vgl. Albert Guler, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., 2007, N. 10 zu Art. 404). Für den Kauf, Verkauf, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken ist die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich (Art. 421 Ziff. 1 ZGB). Daher ist vorab darüber zu befinden, ob überhaupt ein Verkauf der Liegenschaft von X zu erfolgen hatte.

b) In vorliegendem Fall findet Art. 404 Abs. 1 ZGB Anwendung, da X als Verkäuferin seit 1988 unter Vormundschaft steht. X wohnt gemäss Regierungsratsbeschluss vom 5. Dezember 2006 im Alters- und Pflegeheim Y. In Absprache mit dem Vormund hat die Vorinstanz als vormundschaftsrechtliche Aufsichtsbehörde in ihrem Beschluss vom 5.

Dezember 2006 sinngemäss ausgeführt, der Verkauf der Liegenschaft in Z dränge sich im Interesse von X auf. Ihr Vermögen hätte sich - seit sie im Alters- und Pflegeheim Y untergebracht sei - rapide abgenommen, weshalb es künftig für die Bezahlung der Heimrechnungen nicht mehr reichen werde. Diese Auffassung ist nachvollziehbar und wurde denn auch von den Parteien nicht bestritten. Ein Verkauf der Liegenschaft von X lag demnach in ihrem Interesse und die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde Silenen vom 23. Oktober 2006 i.S.v. Art. 421 Ziff. 1 ZGB erfolgte zu Recht.

8. a) Die Veräusserung erfolgt durch öffentliche Versteigerung, unter Vorbehalt der Genehmigung des Zuschlags durch die Vormundschaftsbehörde, die beförderlich darüber zu entscheiden hat (Art. 404 Abs. 2 ZGB). Ausnahmsweise kann mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Verkauf aus freier Hand stattfinden (Art. 404 Abs. 3 ZGB). Soll also ein Verkauf stattfinden, so muss die Vormundschaftsbehörde die zur Abwicklung der Veräusserung nötigen Weisungen - wie bspw. die Festlegung eines Mindestverkaufspreises, die Steigerungsbedingungen, etc. - erlassen, nachdem sie über die Art der Veräusserung entschieden hat. Ob ein Mündelgrundstück öffentlich versteigert oder freihändig verkauft werden soll, ist ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Mündelinteresses zu beurteilen, d.h. der Verzicht auf die öffentliche Versteigerung muss ebenfalls durch die Interessen des Mündels geboten sein (vgl. ZVW 2008 S. 344). Dem freihändigen Verkauf muss die untere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zustimmen. Diese Zustimmung bezieht sich jedoch nur auf die Veräusserungsform und nicht auf die Frage, ob verkauft werden soll oder nicht. Den letzteren Entscheid fällt die Vormundschaftsbehörde. Beim Freihandverkauf hat sich die Aufsichtsbehörde auf die Prüfung zu beschränken, ob die anstelle der öffentlichen Versteigerung gewählte Veräusserungsart von Vorteil für das Mündel ist (Thomas Geiser, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, a.a.O., N. 39 zu Art. 421/422).

b) Die Versteigerung ist v.a. dann angebracht, wenn ein bestimmtes Objekt schwer zu schätzen ist. Die ratio legis von Art. 404 Abs. 2 ZGB besteht nämlich in der Gewährleistung einer fairen Preisbildung und in der Erzielung des bestmöglichen Gewinns (BGE 80 II 376 f. E. 4). Dieses Ziel kann erfahrungsgemäss i.d.R. auch durch ein Schätzungsgutachten und eine öffentliche Ausschreibung erreicht werden (ZVW 2008 S. 344). Nach Meinung des Bundesgerichts ist der freihändige Verkauf als Ausnahmefall nur dann gegeben, wenn besondere Gründe den Freihandverkauf rechtfertigen. Der Freihandverkauf eines Mündelgrundstückes ist ausnahmsweise dann zu genehmigen, wenn bei einer öffentlichen Versteigerung mit Bestimmtheit kein höherer Preis zu erwarten ist (vgl. BGE 74 II 79). Ein besonderer Grund liegt gemäss Bundesgericht dabei nicht bereits in der Erwägung, der Ausgang einer Steigerung - wie es die Einwohnergemeinde Silenen vorbringt - sei immer ungewiss; die Vormundschaftsbehörde könnte bei ungenügendem Steigerungsergebnis dem Zuschlag ja die Genehmigung verweigern (BGE 74 II 77, 79). Ansonsten lässt das Bundesgericht offen, welche besondere Gründe, die zum freihändigen Verkauf berechtigen, sind (Albert Guler, a.a.O., N. 11 zu Art. 404). Ein kleiner preislicher Unterschied zugunsten des freihändigen Verkaufs kann durch psychologische Gründe auf Seiten der bevormundeten Person (Publizität und Beigeschmack der Zwangsverwertung bei der öffentlichen Versteigerung) mehr als wettgemacht werden. Sonst aber kann der Zweck von Art. 404 Abs. 3 ZGB durch eine zuverlässige Schätzung und durch Ausmarchung unter mehreren Kaufofferenten erreicht werden (Albert Guler, a.a.O., N. 11 zu Art. 404).

c) Die streitige Liegenschaft war also auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung zu veräussern, es sei denn, dass besondere Gründe den Freihandverkauf rechtfertigten. Solche Gründe fehlten allerdings. Von vornherein konnten für die vormundschaftlichen Organe die Umstände nicht massgebend sein, dass die Verwandtschaft von X von einem allfälligen Kauf der Liegenschaft absah, das Objekt sich in einer ungünstigen und unsicheren Berglage befinde und es daher ungewiss sei - obwohl angeblich zuverlässige Schätzungen vorgelegen hätten -, ob das Objekt überhaupt veräussert werden könne, da der Wert der Liegenschaft künftig weiter abnehmen werde. Obwohl A ein Angebot

unterbreiteten, das die Verkehrswertschätzung von Fr. 57'000.-- bei weitem übertraf, war nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen, dass bei einer Steigerung kein höheres Angebot erfolgen würde. Noch weniger bestanden konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Steigerungserlös niedriger ausgefallen wäre als der Preis, der sich beim freihändigen Verkauf an A erzielen liess. Die allgemeine Erwägung, dass der Ausgang einer Steigerung immer ungewiss ist, kann schon deswegen nicht zur Rechtfertigung des Freihandverkaufs dienen, weil sonst zur Regel werden könnte, was nach dem Gesetz die Ausnahme sein soll. Dem Risiko eines ungenügenden Erlöses kam übrigens auch deshalb keine erhebliche Bedeutung zu, weil die Vormundschaftsbehörde dem Zuschlag die nach Art. 404 Abs. 2 ZGB erforderliche Genehmigung versagen konnte, wenn das Ergebnis sie nicht befriedigte. Der freihändige Verkauf der streitigen Liegenschaft bedeutete also ein gesetzwidriges Vorgehen.

9. a) Selbst wenn der freihändige Verkauf der Liegenschaft Z als zulässig erachtet werden müsste, so gilt es festzuhalten, dass ein Preisbildungsverfahren - unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche Versteigerung oder um einen freihändigen Verkauf handelt - eines unverfälschten Ablaufs bedarf. Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 OR). Gleichermassen lassen sich die beiden Willenserklärungen als Angebot und Annahme auseinander halten. RA C teilte den Kaufinteressenten in seinem Schreiben vom 28. Juni 2007 mit, dass die Möglichkeit bestehe, bis zum 13. Juli 2007 ein konkretes Kaufangebot zu unterbreiten. Berücksichtigt werde in der Folge das höchste Kaufangebot. Zudem sei eine Finanzierungsbestätigung in der Höhe des Kaufpreisangebotes beizulegen.

b) Bei einem Kaufvertrag muss als objektiv wesentlicher Vertragspunkt insbesondere der Kaufpreis vereinbart werden. Es genügt dabei, dass der Kaufpreis bestimmbar ist. Der Preis muss, wenn er nicht ziffernmässig festgelegt ist, durch Namhaftmachen der Bemessungskriterien so weit bestimmt sein, so dass der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien ermittelt werden kann. Ist umstritten, ob der Preis bestimmbar ist, sind die Willenserklärungen der Parteien auszulegen (BGE 4A_24/2008 vom 12.06.2008 E. 3.1). Das Kaufangebot von A entbehrt allerdings zweifelsohne des vertragswesentlichen Punktes des bestimmten oder zumindest bestimmbaren Kaufpreises. Dass das Kaufangebot von A vom 12. Juli 2007, in welchem sie für den Stall Fr. 25'000.-- und für den Stall und Ferienhaus zusammen als Gesamtsumme Fr. 5'000.-- mehr als der Meistbietende offerierten, den Bedingungen der sog. "Einladung zur Offertstellung" von RA C somit nicht entsprach und A somit den Zuschlag nicht hätten erhalten dürfen, steht ausser Frage und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Aufgrund einer fehlenden konkreten Kaufpreisangabe war das Zuschlagsverfahren mit erheblichen Mängeln behaftet. Das von A unterbreitete Kaufangebot hätte aufgrund der vorgelegenen Mängel in deren Offerte nicht berücksichtigt werden dürfen.

10. Ist ein Geschäft ohne die vom Gesetze verlangte Zustimmung der zuständigen vormundschaftlichen Behörde für den Bevormundeten abgeschlossen worden, so hat es für ihn nur die Wirkung eines ohne Zustimmung seines Vertreters von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes (Art. 424 ZGB); unter Verweis auf Art. 411 ZGB, der besagt, dass jeder Teil die vollzogene Leistung zurückfordern kann, falls die Genehmigung des Vormundes nicht erfolgt. Vorliegend ist jedoch nicht darüber zu befinden, ob und wie eine allfällige Rückabwicklung vorgenommen werden müsste. Wird ein Grundstück veräussert, ohne dass die Mündelinteressen dies erfordern, oder eben nicht veräussert, obwohl die Mündelinteressen dies geboten hätten, oder wird ohne besonderen Grund statt der öffentlichen Versteigerung der freihändige Verkauf gewählt oder kein genügender Preis erzielt, so tritt als Rechtsfolge nicht die Ungültigkeit der Veräusserung ein. Die Rechtsfolgen, die eintreten, betreffen nicht das Grundstücksgeschäft als solches. Das Rechtsgeschäft ist gültig zustande gekommen (Albert Guler, a.a.O., N. 13 zu Art. 404, vgl. Ivo Stöckli-Bitterli, a.a.O., S. 148). Die erforderliche Zustimmung zur Veräusserung ist durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zwar erteilt worden; dies jedoch - wie erwähnt - zu Unrecht. Daher muss das Rechtsgeschäft ex tunc aufgehoben und rückgängig gemacht

werden, falls die Kaufpreisleistungen tatsächlich schon erfolgt sind, wovon auszugehen ist (vgl. Öffentliche Urkunde über den Abschluss eines Kaufvertrags vom 17.08.2007).

Nr. 24 UV. Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG. Nachzahlung von Sozialversicherungsleistungen an bevorschussende Dritte. Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG bezweckt die Leistungskoordination zwischen Sozialhilfe und Sozialversicherungsleistungen. Es sollen Doppelzahlungen von Sozialhilfe und Leistungen der Sozialversicherung verhindert werden. Im Geltungsbereich der Bestimmung sind die zivilrechtlichen Abtretungsregeln zur Anwendung zu bringen. Im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sind gewisse Anforderungen an die Bestimmbarkeit der zedierten Forderung zu stellen. Verlangt wird, dass die schriftliche Abtretungserklärung auf die Invalidenrente (und in casu die Integritätsentschädigung) Bezug nimmt. Keine Rolle spielt, ob der Versicherte bei der Unterzeichnung der Abtretung Kenntnis eines bereits bestehenden (aber erst später verfügbaren) Nachzahlungsanspruches hatte. Nachzahlungen können abgetreten werden, um deren Begründetheit der Versicherte bei der Abgabe der Abtretungserklärung noch nicht wusste. Erfordernis der zeitlichen und sachlichen Kongruenz. Bejahung der sachlichen Kongruenz von Sozialhilfe und Nachzahlung der Integritätsentschädigung. Zum massgeblichen Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Einspracheentscheides wurde die Integritätsentschädigung (auch) zur Bestreitung des Lebensunterhalts verwendet.

Obergericht, 12. Dezember 2008, OG V 07 40

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 22 ATSG ist der Anspruch auf Leistungen weder abtretbar noch verpfändbar. Jede Abtretung oder Verpfändung ist nichtig (Abs. 1); Nachzahlungen von Leistungen des Sozialversicherers können jedoch dem Arbeitgeber oder der öffentlichen oder privaten Fürsorge abgetreten werden, soweit diese Vorschusszahlungen leisten (Abs. 2 lit. a). Eine Nachzahlung liegt vor, wenn die in Frage stehende Leistung bisher nicht bezogen wurde, obschon sie bereits geschuldet war. Geschuldet ist die Leistung dann, wenn sie gefordert werden kann (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 22 Rz. 14). Eine Vorschusszahlung ist dann anzunehmen, wenn feststeht, dass die Zahlung verknüpft ist mit der noch zu erwartenden Sozialversicherungsleistung. Dieser Konnex kann sich aus der ausdrücklichen Bezeichnung als "Vorschusszahlung" ergeben (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 22 Rz. 20). In der vom Beteiligten am 31. März 2004 unterzeichneten Abtretungserklärung wird die wirtschaftliche Sozialhilfe als Vorschussleistung anerkannt.

3. Streitig und zu prüfen ist die Zulässigkeit der Ausrichtung der aufgelaufenen Renten im Betrag von Fr. 7'390.70 und der Integritätsentschädigung von Fr. 4'860.-- (total Fr. 12'250.70) an die Beschwerdeführerin durch Verrechnung mit vorschussweise erbrachten und nunmehr zurückzufordernden Sozialhilfeleistungen.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die vom Beteiligten am 31. März 2004 unterzeichnete Abtretungserklärung. Sie geht von einer rechtsgültig erfolgten Einwilligung zur Drittauszahlung der nachzuentrichtenden Invalidenrente und Integritätsentschädigung an die Sozialhilfebehörde aus. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, dass die Abtretungserklärung einen konkreten Bezug zu Leistungen gemäss UVG vermissen lasse. Insbesondere vermöge die Beschwerdeführerin keinen Beleg aufzulegen, welcher eine Zahlung im Hinblick auf die rückwirkende revisionsweise Erhöhung der UVG-Rente oder die

Leistung einer Integritätsentschädigung erstellen würde. Eine Revision der UVG-Rente sei bei Unterzeichnung der Abtretungserklärung durch den Beteiligten noch gar nicht im Raume gestanden. Bei Unterzeichnung der Abtretungserklärung habe dem Beteiligten die Tragweite seiner Zustimmung nicht bewusst sein können. Im Sozialversicherungsbereich gelte der Grundsatz des Abtretungsverbots. Deshalb seien an eine ausnahmsweise Zession strenge Anforderungen zu stellen. Die ausgerichtete Integritätsentschädigung habe einen Integritätsschaden abzugelten und entspreche damit nicht dem Zweck von Vorschussleistungen der Sozialhilfe (Deckung der laufenden Lebenshaltungskosten). Die erforderliche sachliche Kongruenz fehle damit offensichtlich, weshalb diesbezüglich eine Abtretung von vornherein ausgeschlossen sei. Eine Nachzahlung i.S.v. Art. 22 Abs. 2 ATSG liege nicht vor. Sowohl die Rentenerhöhung als auch die Anhebung der Integritätsentschädigung seien noch nicht rechtskräftig beurteilt.

4. Die am 31. März 2004 durch den Beteiligten zugunsten der Beschwerdeführerin unterzeichnete Abtretungserklärung lautet wie folgt:

"Abtretungserklärung

Ich gebe die Zustimmung, dass Vorschussleistungen, Prämienverbilligung für die Krankenpflege-Grundversicherung direkt durch den Sozialrat geltend gemacht und mit rückwirkend eingehenden Sozialversicherungsleistungen (AHV-, IV- oder andere Renten, Taggelder usw.) und anderen Versicherungsleistungen verrechnet werden.

Insbesondere anerkenne ich, dass die wirtschaftliche Sozialhilfe, welche im Hinblick auf eine Rente der IV oder auf EL bei der Gemeinde Schattdorf bezogen wird, als Vorschussleistung im Sinne von Art. 85bis Abs. 2 lit. b IVV* bzw. Art. 22 Abs. 4 ELV** gilt. Eine allfällige Rentennachzahlung ist mit der Vorschussleistung zu verrechnen. Die Sozialbehörde Schattdorf wird ermächtigt, den Rückforderungsanspruch direkt beim zuständigen Versicherer geltend zu machen. *** Ich nehme zur Kenntnis, dass der Forderungsübergang dem zuständigen Versicherer gestützt auf Art. 32 des ernerischen Sozialhilfegesetzes angezeigt wird.

* IVV (SR 831.201)

** ELV (SR 831.301)

*** Art. 32 SHG, RB 20.3241"

5. Der Begriff der Abtretung, wie er in Art. 22 ATSG verwendet wird, stimmt mit demjenigen der Zession nach Art. 164 ff. OR überein. Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Unter diesem Aspekt ist die Zession nur zulässig, falls sie den Inhalt nicht verändert oder den Zweck der Forderung nicht vereitelt oder gefährdet und auch die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert. Namentlich höchstpersönliche Ansprüche sind einer Abtretung nicht zugänglich (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 6.1). Der Anspruch auf Integritätsentschädigung ist nicht streng persönlich (Pra 2008 Nr. 21 S. 161).

Mit der Zessionsfähigkeit von Nachzahlungen des Sozialversicherers (meistens Taggelder oder Renten) hat der Gesetzgeber verbindlich entschieden, dass deren Natur einer Abtretung nicht entgegensteht. Der zessionsrechtlich interessierende Charakter von Sozialversicherungsleistungen als zweckgebundenem Einkommensersatz ist im Falle der Nachzahlung ohnehin nicht von Bedeutung, können doch rückwirkend erbrachte Renten oder Taggelder diese Funktion im Gegensatz zu laufenden Leistungen nicht erfüllen (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 6.1.1).

Darüber hinaus lassen es zivilrechtliche Rechtsprechung und Doktrin zu, auch künftige Forderungen in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 OR zu zedieren. Sowohl

der Inhalt der künftigen Forderung, als auch die Person des Schuldners und der Rechtsgrund der Forderung müssen indes genügend bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Mit Bezug auf die Globalzession muss dieses Erfordernis im Zeitpunkt des Entstehens oder der Geltendmachung der Forderung und nicht schon bei der Abgabe der formgültigen Abtretungserklärung erfüllt sein. Hingegen hat die Abtretungserklärung selbst alle Elemente aufzuweisen, welche die Bestimmung von Inhalt, Schuldner und Rechtsgrund im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung erlauben. Es besteht kein Grund für eine im Rahmen des Art. 22 Abs. 2 ATSG prinzipiell weichende Betrachtungsweise (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 6.1.2).

Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG bezweckt die Leistungskoordination zwischen Sozialhilfe und Sozialversicherungsleistungen. Es sollen Doppelzahlungen von Sozialhilfe und Leistungen der Sozialversicherung verhindert werden. Diesem Zweck entsprechend und dem damit einhergehenden gesetzgeberischen Willen, eine Lockerung des Abtretungsverbotes herbeizuführen, sowie im Hinblick auf den klaren Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG sind die zivilrechtlichen Abtretungsregeln im Geltungsbereich der Bestimmung zur Anwendung zu bringen. Im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sind gewisse Anforderungen an die Bestimmbarkeit der zedierten Forderung zu stellen. Verlangt wird, dass die schriftliche Abtretungserklärung auf die Invalidenrente (und in casu die Integritätsentschädigung) Bezug nimmt (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 6.2).

Keine Rolle spielt, ob der Versicherte bei der Unterzeichnung der Abtretung Kenntnis eines bereits bestehenden (aber erst später verfügbaren) Nachzahlungsanspruches hatte. Nachzahlungen können abgetreten werden, um deren Begründetheit der Versicherte bei der Abgabe der Abtretungserklärung noch nicht wusste (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 6.3).

6. Der Beteiligte hat am 31. März 2004 eine Zession zugunsten des Sozialrates Schattdorf unterzeichnet. Diese ist mit Bezug auf künftige Rentenleistungen, Ergänzungsleistungen, Arbeitslosengeld usw., mithin als Abtretung künftiger Sozialversicherungsleistungen, ergangen. Es handelt sich dabei um eine Globalzession, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass eine unbestimmte Zahl von (gegenwärtigen oder zukünftigen) Forderungen abgetreten wird. Somit richtet sich die Gültigkeit der Abtretung in der hier zu beurteilenden Sache danach, ob die Abtretungserklärung alle Elemente enthält, welche die Bestimmung der Nachzahlungsforderung (nach Inhalt, Schuldner und Rechtsgrund) bei deren künftiger Entstehung erlauben. Nicht von Bedeutung ist der Zeitpunkt, in welchem der nichtabtretbare Grundanspruch auf die Rente als solche entsteht. Es ist denn auch unter der Geltung von Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG weiterhin zwischen dem nicht zessionsfähigen Rentenanspruch und dem der Abtretung zugänglichen Anspruch auf Nachzahlung zu unterscheiden (BGE 9C_27/2008 vom 20.10.2008 E. 7.1).

Die schriftliche und damit formgültige Abtretungserklärung hat der Beteiligte am 31. März 2004 abgegeben. Mit Verfügung vom 17. Januar 2007 erhöhte die Beschwerdegegnerin rückwirkend ab dem 1. August 2004 die Invalidenrente und hob die Integritätsentschädigung an. Die Beschwerdegegnerin ermittelte einen Nachzahlungsbetrag von Fr. 12'250.70. Der abgetretene Nachzahlungsbetrag setzt sich somit aus einer Erhöhung der Rente und einer Anhebung der Integritätsentschädigung zusammen, die für die Zeit nach der Abtretung vom 31. März 2004 geschuldet sind. Der Inhalt, die Schuldnerin und der Rechtsgrund der Nachzahlung waren bei der Entstehung der Nachzahlungsforderung ohne weiteres bestimmbar. Der Beteiligte bezog seit 1. Dezember 1997 bereits eine Invalidenrente von 16%. Zudem erhielt er von der Beschwerdegegnerin eine Integritätsentschädigung von 10% (BGE U 171/01 vom 11.09.2003; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 14.07.2000, OG V 98 73). Schuldnerin, Rechtsgrund, Ausmass und Höhe des Leistungsanspruches ergeben sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen (Art. 20 Abs. 1 und 25 UVG; Art. 36 Abs. 2 UVV). Alle diese Elemente waren - auch wenn noch nicht verfügungsweise festgelegt - aufgrund der Zessionserklärung vom 31. März 2004 in diesem

Zeitpunkt absehbar, bezieht sich diese doch ausdrücklich auf "rückwirkend eingehende Sozialversicherungsleistungen wie AHV-, IV- oder andere Renten, Taggelder usw.". Damit ist auch der Vorschusscharakter der Sozialhilfeleistungen erstellt. Die Rechtsgültigkeit der Abtretung der künftigen Renten und Integritätsbeträgnisse steht somit fest.

7. Zu prüfen bleibt die Frage der zeitlichen Kongruenz von Sozialhilfe und der in Frage stehenden Nachzahlung von Leistungen nach dem UVG. Unbestritten hat der Beteiligte seit 15. Juli 2004 Gelder der sozialen Hilfe bezogen. Gemäss nicht bestrittenem Klientenkontoauszug der Sozialbehörde sind bis und mit 1. Dezember 2006 Leistungen von Fr. 21'454.45 ausgewiesen. Die vorliegend interessierende Nachzahlung von Rentenleistungen betrifft die Zeit ab dem 1. August 2004 bis zum Verfügungszeitpunkt vom 17. Januar 2007. Mit der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 17. Januar 2007 wurde auch die Integritätsentschädigung aufgehoben. Bei der während der soeben erwähnten Periode bezogenen Sozialhilfe handelt es sich folglich um Vorschusszahlungen i.S.v. Art. 22 Abs. 2 lit. a ATSG. Da der durch die Sozialbehörde gewährte Betrag denjenigen des Nachzahlungsbeträgnisses übersteigt, hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, dass ihr die gesamten nachzuzahlenden Rentenleistungen und die nachzuzahlende Integritätsentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 12'250.70 ausgerichtet werden.

8. Zu prüfen bleibt weiter betreffend Integritätsentschädigung die Frage der sachlichen Kongruenz.

Art. 22 Abs. 2 ATSG steht unter dem Randtitel der "Sicherung der Leistung". Dies macht klar, dass die hier festgelegte Ausnahme vom Abtretungsverbot nur erfolgen kann, wenn die Leistungssicherung nicht tangiert wird. Deshalb ist ausgeschlossen, eine Nachzahlung abzutreten, die eine Leistung beinhaltet, welche im Hinblick auf einen Zweck erbracht wird, der durch die Vorschusszahlung bzw. die Vorleistung nicht gedeckt wird; es ist insoweit eine sachliche Kongruenz der Leistungen erforderlich (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 22 Rz. 17).

Entschädigungen für einen Integritätsschaden (Art. 24 Abs. 1 UVG) sind Geldleistungen, die bezwecken, eine immaterielle Beeinträchtigung abzugelten, die aus einer Schädigung der körperlichen oder geistigen Unversehrtheit entstanden ist und dienen insoweit nicht einer Unterhaltsdeckung (Pra 2008 Nr. 21 S. 164; Ueli Kieser, a.a.O., Art. 20 Rz. 8; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 361). Zu entscheiden ist mithin die Frage, ob der Anspruch auf eine Integritätsentschädigung (Art. 24 f. UVG) im Lichte der erforderlichen sachlichen Kongruenz abgetreten werden kann. Vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass zum massgeblichen Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Einspracheentscheides die Integritätsentschädigung (auch) zur Bestreitung des Lebensunterhalts verwendet wurde (Thomas Frei, Die Integritätsentschädigung nach Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, Freiburg 1998, S. 77 zu Art. 64 UVV). Der Beteiligte bezog seit Juli 2004 wirtschaftliche Sozialhilfe. Im Gesuch vom 17. Oktober 2007 um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung in diesem Verfahren führt der Beteiligte selbst aus, dass er die letzten Jahre Sozialhilfe bezogen habe (was im Verfahren als notorisch gelten dürfte). Auch unterstütze er seine drei minderjährigen Kinder, wovon eines behindert sei. Abgesehen davon habe er Schulden in der Höhe von über Fr. 45'000.--. Die sachliche Kongruenz von Sozialhilfe und Nachzahlung der Integritätsentschädigung ist zu bejahen.

9. Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Nachzahlung i.S.v. Art. 22 Abs. 2 ATSG nicht erfüllt seien. Der in Frage stehende Rentenanspruch und Anspruch auf Integritätsentschädigung seien noch nicht rechtskräftig beurteilt.

Eine Nachzahlung liegt vor, wenn die in Frage stehende Leistung bisher nicht bezogen wurde, obschon sie bereits geschuldet war. Geschuldet ist die Leistung dann, wenn sie

gefordert werden kann (E. 2). Das Obergericht des Kantons Uri hat mit Entscheid vom 30. Mai 2008 (OG V 07 26) die von der Beschwerdegegnerin am 17. Januar 2007 verfügte Erhöhung der Invalidenrente des Beteiligten ab dem 1. August 2004 auf 30% und die Anhebung der Integritätsentschädigung um 5% geschützt. Gegen den Entscheid des Obergerichtes ist die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht hängig (8C_588/2008). Der Beteiligte beantragt vor Bundesgericht ab dem 1. November 2002 eine Rente in der Höhe von mindestens 50% und die Zusprechung einer Integritätsentschädigung im Ausmass von 50%. Im Gegensatz zum bisherigen Recht (in abgaberechtlichen Angelegenheiten [Art. 114 aOG] und im Sozialversicherungsrecht [Art. 132 lit. c aOG]) kennt das BGG keine Ausnahmen mehr, die das Bundesgericht ermächtigen, zuungunsten des Beschwerdeführers zu entscheiden (Ulrich Meyer, in Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 4 zu Art. 107; Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N. 3 zu Art. 107). Das Bundesgericht kann den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Uri vom 30. Mai 2008 (OG V 07 26) nicht zuungunsten des Beschwerdeführers ändern.

Nr. 25 UV. Art. 9 Abs. 1 und 2 UVG. Berufskrankheit. Effekt von Dieselmotoremissionen und von ultrafeinen Partikeln auf die Atemwege resp. den Organismus. Chronisch obstruktive Lungenkrankheit (COPD). Berufliche Tätigkeit als Mechaniker in der Garage eines Busunternehmens mit den damit verbundenen inhalativen Expositionen. Eine "vorwiegende" Verursachung von Krankheiten durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 UVG liegt vor, wenn der Anteil der schädigenden Ursache am Arbeitsplatz mehr als 50% im gesamten Ursachenspektrum wiegt. Bei der "ausschliesslichen" Verursachung werden praktisch 100% des ursächlichen Anteils der schädigenden Stoffe oder bestimmten Arbeiten an der Berufskrankheit verlangt. Die Generalklausel gem. Art. 9 Abs. 2 UVG umfasst auch schädigende Stoffe und bestimmte Arbeiten, die nicht in der bundesärztlichen Liste im Anhang zur UVV aufgeführt sind. Auch hier ist gemäss Rechtsprechung die Voraussetzung des "ausschliesslich oder stark überwiegenden" Zusammenhangs erst dann erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75% durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist. Verneinung einer Berufskrankheit mangels überwiegender Wahrscheinlichkeit der überwiegenden Verursachung der Krankheit durch die berufliche Tätigkeit.

Obergericht, 09. Mai 2008, OG V 07 46

Aus den Erwägungen:

4. Strittig ist in casu, ob die diagnostizierte chronisch obstruktive Lungenkrankheit (COPD) des Beschwerdeführers als berufsbedingt anzuerkennen sei.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es sich bei seiner Krankheit gestützt auf die Abklärungen von Dr. med. Rudolf Fueter um eine berufsbedingte Beeinträchtigung handle. Zumindest unter Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 2 UVG hätte seine Krankheit als berufsbedingt anerkannt werden müssen, da die Berufskrankheit ausschliesslich oder stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit bei der X verursacht worden sei. Im Weiteren werde eine Anerkennung auch gefordert, da ein qualifizierter Kausalzusammenhang zwischen der chronisch obstruktiven Lungenkrankheit und den Immissionen, denen er an seinem Arbeitsplatz ausgesetzt gewesen sei, bestünde. Betreffend der Abklärungen der Beschwerdegegnerin werde bemängelt, dass diese im Geschäftsbetrieb nur für die aktuelle Situation und diejenige wenige Jahre zuvor erfolgt sei.

Nicht eingegangen worden sei dabei vor allem auf die Tatsache, dass er (der Beschwerdeführer) seit 1983 im Geschäftsbetrieb tätig gewesen sei und davon ausgegangen werden könne, dass aufgrund der technischen Entwicklung die Immissionssituation am Arbeitsplatz zum heutigen Zeitpunkt besser als noch vor 20 Jahren sei. Abschliessend sei zu berücksichtigen, dass er keinen Einflüssen ausserhalb des Arbeitsplatzes ausgesetzt gewesen sei, die ebenfalls zur nun festgestellten Lungenkrankheit geführt haben könnten.

b) Die Beschwerdegegnerin hingegen betont, dass im Einspracheverfahren weitere Abklärungen getätigt worden seien, insbesondere Untersuchungen der Schadstoffbelastungen in der Luft am Arbeitsort des Beschwerdeführers unter chemischen Gesichtspunkten. Zudem habe nochmals eine Arbeitsplatzbegehung stattgefunden. In der ärztlichen Beurteilung vom 14. September 2007 sei Dr. Irène Kunz-Vondracek zum Schluss gelangt, dass sich an der Kausalitätsbeurteilung - auch nach den ergänzenden Abklärungen - nichts ändere. Die Ergebnisse der umfangreichen tatbeständlichen Erhebungen hätten ergeben, dass bloss ein möglicher Kausalzusammenhang zwischen der Erkrankung des Beschwerdeführers und seiner beruflichen Tätigkeit bestehe. Ein Verursachungsanteil der Berufsarbeit an der Krankheit, die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mindestens 75 % betragen müsse, sei vorliegend eindeutig nicht gegeben. Die Einwendungen des Beschwerdeführers seien unbegründet. Die umfangreichen chemischen Abklärungen während dem Einspracheverfahren seien der Problematik nachgegangen, dass der Beschwerdeführer in den letzten 20 Jahren unterschiedlichen Immissionen am Arbeitsplatz ausgesetzt gewesen sei. Die einzelnen Expositionen seien ermittelt und es sei auch abgeklärt worden, welche Konzentrationen mutmasslich bestanden hätten und wie weit sie gesundheitsschädlich gewesen seien. In den einzelnen medizinischen Beurteilungen der Fachärzte der Beschwerdegegnerin sei zudem ausdrücklich auf die Berichte von Dr. Fueter eingegangen worden.

c) Wie das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 125 V 351 eingehend erläutert, schreibt das Bundesrecht nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsrichter die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Sozialversicherungsrichter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist somit grundsätzlich weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 122 V 160 f. E. 1c). Dennoch hat es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen. So weicht der Richter bei Gerichtsgutachten nach der Praxis nicht ohne zwingende Gründe von der Einschätzung des medizinischen Experten ab. In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen. Was Parteigutachten anbelangt, rechtfertigt der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert. Auch den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt schliesslich Beweiswert zu, sofern sie schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit sprechen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen.

aa) Der Aussage des Beschwerdeführers, wonach bei den Abklärungen der Beschwerdegegnerin nur die aktuelle Situation berücksichtigt worden sei, ohne auf die Tatsache einzugehen, dass er (der Beschwerdeführer) seit 1983 im Geschäftsbetrieb tätig sei, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr zeigen die verschiedenen und sehr umfassenden Abklärungen durch die Beschwerdegegnerin deutlich auf, dass nicht nur der aktuelle Zustand am Arbeitsort des Beschwerdeführers erhoben worden ist, sondern dass vielmehr auch aufgrund von umfangreichen Abklärungen und Rückfragen Rückschlüsse auf die Vergangenheit gezogen worden sind. Zudem wurde versucht, durch die Herbeiführung eines "worst-case-Szenarios" so gut wie möglich an die Begebenheiten in früheren Jahren der Anstellung anzuknüpfen, in dem anlässlich des Messtages vom 15. März 2006 bewusst Busse ohne Partikelfilter eingesetzt worden sind. Des Weiteren veranlasste die Beschwerdegegnerin aufgrund der Einwände im Einspracheverfahren zusätzliche, z.T. äusserst umfassende Abklärungen, um allfällige berufsbedingte Ursachen für die Krankheit des Beschwerdeführers mit grosser Wahrscheinlichkeit ausschliessen zu können.

bb) Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, dass die Beschwerdegegnerin ihr Ermessen überschritten und die Beurteilung in der Tendenz einseitig und grossmehrheitlich nur auf ihren Abklärungsunterlagen basierend vorgenommen habe. Was letzteren Vorwurf anbelangt, gilt es festzuhalten, dass die SUVA in beweisrechtlicher Hinsicht ein zur Objektivität verpflichtetes gesetzesvollziehendes Organ ist. Somit kann auch den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte Beweiswert beigemessen werden, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Gestützt auf BGE 122 V 160 E. 1c und 165 E. 3 sind bei streitigen Leistungsansprüchen keineswegs zwingend versicherungsexterne medizinische Entscheidungsgrundlagen einzuholen. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist es somit grundsätzlich zulässig, dass Verwaltung und Sozialversicherungsrichter den Entscheid allein auf versicherungsinterne Entscheidungsgrundlagen stützen. An die Unparteilichkeit und Zuverlässigkeit solcher Grundlagen sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Diesen Anforderungen genügen sowohl die Berichte von Dr. Kunz-Vondracek wie auch jene von Egon Hürlimann vollumfänglich, zeichnen sich doch die Berichte auch durch ihren Umfang und ihren Detaillierungsgrad aus.

cc) Der Beschwerdeführer beruft sich in erster Linie auf das Ergebnis der Abklärungen von Dr. med. Rudolf Fueter. Dieser erläuterte mit Arztbericht vom 20. Juli 2006, dass aus seiner Sicht der Entscheid der SUVA, die Beschwerden nicht als Berufskrankheit anzuerkennen, falsch sei. Insbesondere kritisierte Dr. Fueter, dass in der Anamnese ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass die Abwesenheit vom Arbeitsplatz zum sofortigen Beschwerderückgang und sogar zu Beschwerdefreiheit geführt hätte und diese Fakten in der Beurteilung durch die Beschwerdegegnerin keine Erwähnung gefunden hätten. Auch kritisiert er, dass Peak-flow-Messungen bei fixierter chronisch-obstruktiver Lungenkrankheit untauglich seien, auf die Tatsache, dass jeweils Husten und Auswurf als Zeichen einer Entzündung der Atemwege bei Wiederaufnahme der Arbeit aufgetreten seien, nicht eingegangen worden sei und dass ebenfalls nicht erwähnt werde, dass der Beschwerdeführer früher unter wesentlich ungünstigeren Bedingungen an seinem Arbeitsplatz habe arbeiten müssen. In ihrer ärztlichen Beurteilung vom 24. August 2006 gehen die Dres. Rügger und Kunz-Vondracek detailliert auf die Einwendungen von Y ein. Sie erläutern, dass es hinreichend bekannt sei, dass COPD-Patienten an Arbeitsplätzen mit inhalativen Noxen mehr bronchitische Probleme hätten und auch eher vermehrte Atemnot verspüren würden als in einer diesbezüglich einwandfreien Umgebung, womit eine Abnahme der Symptome während Ferien nicht aussergewöhnlich, sondern zu erwarten sei. Bezüglich der Peak-Flow-Werte stimmen die beiden Ärzte ihrem Kollegen Fueter zu. Hingegen betonen sie auch, dass es möglich, aber nicht überwiegend wahrscheinlich sei, dass im vorliegenden Fall gehäufte Atemwegsdefekte wegen des Durchzugs in Betracht gezogen werden müssten. Eine stetige Zunahme der Obstruktion und der bronchitischen Symptome würde zum normalen Verlauf einer COPD gehören. Bezüglich der monierten früher ungünstigeren

Arbeitsplätze betonten sie, dass ihre Messungen unter worst-case-Bedingungen erfolgt seien.

dd) Auch auf die Einsprache des Beschwerdeführers vom 2. Oktober 2006 antwortete die Beschwerdegegnerin mit ärztlicher Beurteilung vom 14. September 2007 eingehend und verwies dabei auch auf ihr Schreiben vom 12. Januar 2007.

ee) Damit die Beschwerden des Beschwerdeführers als Berufskrankheit gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG beurteilt werden kann, muss die Krankheit bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sein. Die Rechtsprechung verlangt bei einer "vorwiegenden" Verursachung von Krankheiten durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten, dass der Anteil der schädigenden Ursache am Arbeitsplatz mehr als 50 % im gesamten Ursachenspektrum wiegt. Bei der "ausschliesslichen" Verursachung wird praktisch 100 % des ursächlichen Anteils der schädigenden Stoffe oder bestimmten Arbeiten an der Berufskrankheit verlangt. Im vorliegenden Fall kann - unter Würdigung sämtlicher Akten - nicht von einer 100 % beim Arbeitsplatz liegenden Ursache ausgegangen werden. Fraglich ist hingegen, ob die Beschwerden des Beschwerdeführers zu 50 % auf die schädigenden Stoffe oder bestimmte Arbeiten am Arbeitsplatz zurückzuführen ist. Die Generalklausel gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG umfasst auch schädigende Stoffe und bestimmte Arbeiten, die nicht in der bundesrätlichen Liste im Anhang zur UVV aufgeführt sind. Jedoch ist auch hier gemäss Rechtsprechung die Voraussetzung des "ausschliesslich oder stark überwiegenden" Zusammenhangs erst dann erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75 % durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist.

ff) Entscheidend ist somit die Frage, welchen Anteil die schädigenden Stoffe oder bestimmten Arbeiten an der Krankheit des Beschwerdeführers haben. Oder mit anderen Worten gilt es die Frage zu beantworten, ob auch andere Ursachen - neben den beruflichen - für die Krankheit des Beschwerdeführers in Frage kommen. Und wenn ja, in welchem Ausmass. Die eingehenden Abklärungen der Beschwerdegegnerin im Bericht vom 24. August 2006 liefern die entsprechenden Antworten. In dieser ärztlichen Beurteilung kommen die Dres. Rügger und Kunz-Vondracek zum Schluss, dass zu den weiteren in der Fachliteratur beschriebenen Ursachen der COPD die individuelle Präposition gehöre. Dazu würden genetische Veränderungen zählen, wobei solche beim Beschwerdeführer ausgeschlossen werden könnten. Ein anderer individuell prädisponierender Faktor sei eine Überempfindlichkeit der Atemwege, wobei auch hier beim Beschwerdeführer keine eindeutigen Hinweise in diese Richtung vorlägen. Ursache des COPD könne auch ein verzögertes oder gestörtes Lungenwachstum sein. Diesbezüglich sei die Anamnese des Beschwerdeführers eindeutig belastet. Er habe als Kleinkind eine schwere Lungenentzündung durchgemacht, die offenbar sogar zu einer Hospitalisation geführt hätte und von welcher, zumindest mit Wahrscheinlichkeit, bis heute ein radiologisch feststellbares Residuum in Form eines verklebten Sinus rechts zurückgeblieben sei. Gesamthaft gesehen kamen die Ärzte der Beschwerdegegnerin nach eingehender Überprüfung zum Schluss, dass die COPD des Beschwerdeführers weder sicher noch wahrscheinlich, sondern höchstens möglicherweise durch seine Mechanikertätigkeit bei der X verursacht worden sei.

gg) Auch die Beurteilung aus technischer Sicht, insbesondere die mit Bericht vom 16. Juli 2007 beschriebenen Ergebnisse der Beurteilung der Abgasexposition des Beschwerdeführers, lässt keinen anderen Schluss zu. Die umfangreichen Abklärungen zeigen, dass keine MAK-Wertüberschreitungen vorgelegen haben, insbesondere auch nicht bezüglich DME. Die zusätzlichen Schadstoffbelastungen in der Werkstatt während der Heizperioden sind aufgrund des Verdünnungseffektes mit grosser Wahrscheinlichkeit gering. Hingegen wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer Mitte der 80er Jahre bei seinen Einsätzen in der Frühschicht bei regelmässig rund 2 Stunden dauernden Arbeiten an laufenden Motoren wiederholt schichtbezogenen DME-Konzentrationen ausgesetzt gewesen ist, die über dem heutigen DME-MAK-Wert gelegen haben. Diese Situation liegt jedoch 15

bis 20 Jahre zurück. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer an seinem üblichen Arbeitsplatz in der Werkstatt nicht in gesundheitsgefährdendem Ausmass gegenüber branchenüblichen Schadstoffen ausgesetzt gewesen ist; mit Ausnahme von Asbest, das jedoch nicht als Ursache für eine chronisch obstruktive Pneumopathie in Frage komme.

Nr. 26 Staatshaftung. Art. 4 Abs. 1 KV. Zivilprozess. Die Haftung für so genannte Justizschäden ist auf grobe Rechtsverletzungen beschränkt. Wenn der Richter von seinem Ermessensspielraum oder der Ermessensbreite, die ihm ein unbestimmter Rechtsbegriff offen lässt, Gebrauch macht, ist dessen Tätigwerden nicht automatisch widerrechtlich, nur weil es von einer oberen oder nachfolgenden Instanz nicht bestätigt wird. Es muss eine schwere Rechtsverletzung gegeben sein, damit eine Verfügung als widerrechtlich i.S. der Staatshaftung qualifiziert werden kann, etwa durch Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, Verletzung einer klaren Gesetzesvorschrift, Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes und unkorrektes Behandeln von Akten oder böswilliges Handeln. Der Richter muss eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt haben. Im Zweifelsfall sind die Kosten von den Prozessparteien zu tragen, da nach dem Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz ihnen die Herrschaft über den Zivilprozess zusteht, sie also den Prozess veranlassen. Im Verfahren vor dem Landgericht Uri wurde die Ausstandspflicht verletzt, wie das Obergericht und das Bundesgericht entschieden haben. Trotz zeitlicher Distanz begründete die Beziehungsnähe des damaligen Landgerichtspräsidenten zu seiner ehemaligen Arbeitgeberin die Ausstandspflicht. Die Verletzung der Ausstandspflicht war jedoch nicht offensichtlich, zumal im Verfahren vor Obergericht zur Klärung der Sachlage mehrere Zeugen befragt werden mussten. Die Rechtsverletzung ist daher vorliegend nicht so grob, dass von haftungsbegründender Widerrechtlichkeit gesprochen werden kann, da selbst ein willkürlicher Entscheid keine solche Widerrechtlichkeit begründen könnte. Abweisung der verwaltungsrechtlichen Klage.

Obergericht, 11. Juli 2008, OG V 04 24

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- ein Anspruch aus Staatshaftung umstritten ist (Art. 4 Abs. 1 KV), der Kläger mit der verwaltungsrechtlichen Klage den Ersatz jenes Schadens (Parteientschädigung) beantragt, welcher ihm aus der teilweisen Nichtigerklärung des landgerichtlichen Verfahrens LGZ 94 5 entstanden sei;

- mit rechtskräftigem Entscheid vom 22. Juni 2006 des Obergerichtes des Kantons Uri (OG Z 05 35) die Forderungsklage von X, wie erwähnt, abgewiesen wurde, dem Kläger X keine Parteientschädigungen zugesprochen wurden, dieser somit auch keine Parteientschädigung für den aufgehobenen Teil des Verfahrens LGZ 94 5 erhielt;

- in Art. 108 Abs. 4 ZPO eine besondere Art von Staatshaftung lediglich für die Gerichtskosten verankert ist, eine Parteientschädigung nicht gestützt auf Art. 108 Abs. 4

ZPO dem Staat auferlegt werden kann; eine Parteientschädigung bzw. entsprechender Schadenersatz nach den entsprechenden Haftungsbestimmungen im entsprechenden Verfahren zu beurteilen ist (in der vorliegend zugrunde liegenden Zivilsache ergangener und bereits erwähnter Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 22.06.2006, OG Z 05 35, E. 12; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 12.03.2003, OG Z 02 13, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2002 und 2003, Nr. 2);

- die Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Klage und die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Obergerichtes gegeben sind (Art. 66 lit. c VRPV), auf die Klage einzutreten ist;

- der Kanton für den Schaden haftet, den seine Organe in der Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich verursacht haben (Art. 4 Abs. 1 KV);

- das Landgericht Uri eine richterliche Behörde des Kantons (Art. 20 ff. GOG) und ein Organ des Kantons i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KV ist;

- die Haftung für sogenannte Justizschäden nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf grobe Rechtsverletzungen wie Ermessensmissbrauch oder Amtsüberschreitung, Nichtbeachtung des klaren Gesetzeswortlautes oder Missachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze beschränkt ist, es nicht genügt, dass sich ein Entscheid als unrichtig, gesetzeswidrig oder willkürlich erwiesen hat, die haftungsbegründende Widerrechtlichkeit voraussetzt, dass der Richter eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt hat (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, N. 2 zu § 120 m.H.); wenn der Richter von seinem Ermessensspielraum oder der Ermessensbreite, die ihm ein unbestimmter Rechtsbegriff offen lässt, Gebrauch macht, dessen Tätigwerden nicht automatisch widerrechtlich ist, nur weil es von einer oberen oder nachfolgenden Instanz nicht bestätigt wird, eine schwere Rechtsverletzung gegeben sein muss, damit eine Verfügung als widerrechtlich qualifiziert werden kann, etwa durch Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, Verletzung einer klaren Gesetzesvorschrift, Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, und unkorrektes Behandeln von Akten oder böswilliges Handeln (Pra 1987 Nr. 65 S. 232 E. 4);

- im Zweifelsfall die Kosten von den Prozessparteien zu tragen sind, da nach dem Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz ihnen die Herrschaft über den Zivilprozess zusteht, sie ausserdem den Prozess veranlassen (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N. 3 zu § 120); Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten) den Parteien durchwegs nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt werden (vgl. Art. 107 Abs. 1 und 2 ZPO); eine Haftung des Staates für Gerichtskosten gemäss Art. 108 Abs. 4 ZPO und für in zivilprozessualen Verfahren gründenden Parteientschädigungen eine offenbare (grobe) Rechtsverletzung voraussetzt (Entscheidung Obergericht des Kantons Uri vom 18.11.2003, OG Z 03 9 S. 4 und vom 22.07.1997, OG Z 97 8, E. 3; Pra 1987 Nr. 65 S. 232; vgl. Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 2 zu § 120);

- ein Ersatz der Parteikosten etwa bei Verstoss gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen sowie bei schweren Gehörsverletzungen angebracht ist (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 3 zu § 120), bei ersterem jedoch nur, sofern durch den Verstoss ein schwer wiedergutzumachender Nachteil entstanden ist, worunter jedoch nicht vorab ein finanzieller Schaden zu verstehen ist, der als solcher zumeist unschwer zu beheben ist, sondern vielmehr eine Beeinträchtigung der gesamten Stellung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Prozess (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 9 zu § 335);

- im Verfahren vor Landgericht (LGZ 94 5) die Ausstandspflicht verletzt wurde, wie das Obergericht des Kantons Uri (Zivilrechtliche Abteilung) mit Teilentscheid vom 18. September

2002 (OG Z 01 3) und das Bundesgericht mit Entscheid vom 14. April 2003 (4P.256/2002) entschieden; trotz zeitlicher Distanz die Beziehungsnähe des damaligen Landgerichtspräsidenten zu seiner ehemaligen Arbeitgeberin die Ausstandspflicht begründete; die Verletzung der Ausstandspflicht jedoch nicht offensichtlich war, zumal im Verfahren vor Obergericht zur Klärung der Sachlage sogar mehrere Zeugen befragt werden mussten; die Rechtsverletzung daher vorliegend nicht so grob ist, dass von haftungsbegründender Widerrechtlichkeit gesprochen werden könnte, da selbst ein willkürlicher Entscheid keine solche Widerrechtlichkeit begründen könnte (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 2 zu § 120); die Ausstandsvorschriften zwar eine grundlegende Bestimmung darstellen, der Kläger in seiner Stellung jedoch nicht über den finanziellen Schaden hinaus beeinträchtigt wurde;

- die verwaltungsrechtliche Klage demnach abzuweisen ist; ...

Nr. 27 Personalrecht. Art. 336c OR. Art. 3, Art. 14 lit. a, Art. 19, Art. 72 Abs. 2 PV. Erfolgt die Unterzeichnung der Vereinbarung betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen unter Druck und räumt die Vereinbarung dem Beschwerdeführer keine wesentlichen Vorteile ein, stellt sie einen unzulässigen Verzicht auf den zwingenden zeitlichen Kündigungsschutz dar. Sie ist nichtig. War der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung krank, erfolgte die subsidiär zur Vereinbarung ausgesprochene Kündigung somit zur Unzeit und ist daher ebenfalls nichtig. Lautet das Urteil des Gerichts auf Nichtigkeit der Auflösungsverfügung, wirkt es unmittelbar.

Obergericht, 13. Juni 2008, OG V 07 36

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss Art. 1 Abs. 2 Personalverordnung (PV, RB 2.4211) gilt die PV auch für das Personal der selbstständigen öffentlichrechtlichen Anstalten des Kantons. Bei der IV-Stelle Uri handelt es sich laut Art. 2 Abs. 1 Verordnung zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (RB 20.2431) um eine selbstständige, öffentlichrechtliche Anstalt des kantonalen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Auf die vorliegende Streitigkeit ist somit die PV anwendbar.

b) Strittig ist sowohl die Gültigkeit der Vereinbarung vom 29. Juni 2007 betreffend Aufhebung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen als auch die Zulässigkeit der gleichzeitig durch die Beschwerdegegnerin subsidiär ausgesprochenen Kündigung. Bei der Kündigung handelt es sich um eine personalrechtliche Verfügung nach Art. 71 Abs. 1 PV, welche direkt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Obergericht angefochten werden kann (Art. 71 Abs. 2 PV). Das Verfahren richtet sich, abgesehen von Art. 73 Abs. 1 PV betreffend Kostenlosigkeit, nach den Bestimmungen der VRPV (Art. 73 Abs. 2 PV). Die Rechtsmittelfrist von 20 Tagen (Art. 59 Abs. 1 VRPV) wurde eingehalten. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Kündigungsverfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung von deren Nichtigkeit resp. Ungerechtfertigkeit (Art. 72 Abs. 1 und 2 PV, Art. 64 und Art. 46 Abs. 1 lit. a VRPV). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

...

3. a) Der Beschwerdeführer macht vorweg die Nichtigkeit der Vereinbarung betreffend Aufhebung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen geltend. Er

sei zur Unterzeichnung der Vereinbarung vom 29. Juni 2007 genötigt worden. Von einer einvernehmlichen Lösung könne nicht gesprochen werden, da ihm ja zuerst die rechtsgültig unterzeichnete Kündigung ausgehändigt worden sei.

b) Gemäss Art. 14 lit. a PV endigt das Arbeitsverhältnis beim unbefristeten Arbeitsverhältnis durch Kündigung. Das Arbeitsverhältnis kann jedoch auch jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen ungeachtet der übrigen Bestimmungen der PV schriftlich aufgelöst werden (Art. 19 PV). Auch gemäss OR kann das Arbeitsverhältnis jederzeit in beiderseitigem Einverständnis aufgehoben werden (Wolfgang Portmann, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., 2007, N. 27 zu Art. 335 OR; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 295). Nach Art. 3 PV gelten ergänzend die Bestimmungen des Obligationenrechts, wenn der PV oder ihren Ausführungsbestimmungen keine Vorschrift entnommen werden kann. Betreffend die Gültigkeit einer Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen (Art. 14 lit. d PV) lassen sich der PV keine Regeln entnehmen. Auf die Vereinbarung vom 29. Juni 2007 ist somit ergänzend das OR anwendbar.

c) Ist das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst worden oder hat der Arbeitnehmer selbst gekündigt, kann sich der Arbeitnehmer nicht mehr auf den zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR berufen (Adrian Stähelin, in Zürcher Kommentar, 1996, N. 3 zu Art. 336c OR), es sei denn, die Aufhebungsvereinbarung sei auf Druck des Arbeitgebers zustande gekommen. In einem solchen Fall wenden die Gerichte Art. 336c OR oft trotzdem an (Wolfgang Portmann, a.a.O., N. 2 zu Art. 336c OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 2 zu Art. 336c OR). Das Einverständnis des Arbeitnehmers zur Vertragsauflösung muss ohne jeden Druck, aus freien Stücken erfolgen, andernfalls eine unzulässige Umgehung des zwingenden zeitlichen Kündigungsschutzes vorliegt (Adrian Stähelin, a.a.O.).

4. a) Der Aufhebungsvertrag untersteht den allgemeinen Vorschriften über die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung und über die Willensmängel bei Vertragsabschluss. Die übereinstimmende Willensäusserung muss von beiden Parteien ausgehen und sich sowohl auf die Entscheidung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auch auf den gewählten Zeitpunkt beziehen (Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N. 15 zu Art. 335 OR). Wird die Vereinbarung vom Arbeitgeber oder von der Arbeitgeberin vorbereitet, müssen die Arbeitnehmenden eine Bedenkzeit erhalten und dürfen nicht zum Zeitpunkt der Unterzeichnung überraschend damit konfrontiert werden (Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, a.a.O.). Der Beschwerdeführer begab sich am 29. Juni 2007 zu einer Besprechung mit dem Leiter der Ausgleichskasse des Kantons Uri, damit er aufgrund eines geplanten mehrwöchigen Kuraufenthaltes seine Dossiers an einen Stellvertreter übergeben konnte. An der Besprechung wurde dann aber nicht das weitere Vorgehen geklärt. Dem Beschwerdeführer wurde eröffnet, dass das Arbeitsverhältnis mit ihm aufgelöst werden müsse. Es ständen ihm drei Möglichkeiten zur Verfügung. Entweder kündige die Beschwerdegegnerin per sofort oder der Beschwerdeführer kündige selbst oder aber es finde eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen statt. Sowohl die zu unterzeichnende Vereinbarung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen, als auch die Kündigung waren zu diesem Zeitpunkt bereits vorbereitet und wurden dem Beschwerdeführer vorgelegt. Dem Beschwerdeführer wurde eine halbe Stunde Bedenkzeit gewährt, obwohl er gemäss eigenen Angaben um Bedenkzeit über das Wochenende ersuchte. Angesichts der Tragweite des zu fällenden Entscheides mutet die Bedenkzeit zu kurz an, zumal der Beschwerdeführer im Voraus keineswegs damit rechnen musste, dass ihm am Besprechungstag die Kündigung unterbreitet wird.

b) Der Beschwerdeführer war während sieben Jahren bei der Beschwerdegegnerin angestellt. Zwar bekundete er v.a. zu Beginn seiner Anstellung Mühe in der Organisation der Administration und erreichte die geforderte Effizienz in der

Aufgabenerledigung nicht. Zur Verbesserung seiner Leistungen wurde dem Beschwerdeführer sodann ein Coaching mit einem erfahrenen Berufsberater gewährt, welches eine namhafte Verbesserung der Leistung zur Folge hatte. Für die Beurteilung der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers sind die Mitarbeitergespräche (MAG) massgebend. Seit Oktober 2002 konnte die Leistung des Beschwerdeführers bis und mit dem letzten MAG vom 2. Oktober 2006 durchwegs positiv beurteilt werden. Dem Beschwerdeführer wurde immer die Note B verliehen. Zwar wurde im MAG vom 2. Oktober 2006 ausgeführt, dass im nächsten Jahr nur ein B gewährt werden könne, wenn Berichterstattungen und Anträge speditiver erfolgten. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Effizienz des Beschwerdeführers nicht aufgrund von Nachlässigkeit abnahm, sondern aufgrund seiner sich bereits Ende 2006 abzeichnenden Krankheit. In der Gesamtbeurteilung von Leistung und Verhalten wurde dem Beschwerdeführer im MAG vom 2. Oktober 2006 aber die Note B verliehen. Diese attestiert dem Mitarbeiter gemäss Leitfaden zur Vorbereitung und Durchführung des MAG (Ziff. 5.2), dass die Anforderungen und Zielvorgaben des Aufgabenbereiches erfüllt worden sind und gute, erwartete Leistungen erbracht wurden. Die Note B ermöglicht sodann den Stufenanstieg in der Lohntabelle (Leitfaden Ziff. 6). Der Beschwerdeführer durfte daher aufgrund der in letzter Zeit durchwegs positiven Bewertung seiner Arbeit davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerin mit seinen Leistungen zufrieden ist. Eine andere Auslegung der MAG-Ergebnisblätter vermag nicht zu überzeugen. Die Kündigung vom 29. Juni 2007 kam für den Beschwerdeführer daher völlig überraschend.

c) Ein unter Druck erfolgender Abschluss eines Aufhebungsvertrages ohne Einräumung von Bedenkzeit oder der Möglichkeit des Widerrufs kann gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verstossen (Manfred Rehbinder, a.a.O., Rz. 296). Vorliegend hat der Beschwerdeführer durch die Unterzeichnung der Vereinbarung zwar eine Willensäusserung kundgetan. Die Vermutung scheint hier jedoch nahe, dass der Beschwerdeführer angesichts des Entscheidungsdruckes und der in Aussicht gestellten sofortigen Kündigung mit seiner Unterschrift einfach das kleinere von zwei Übeln gewählt hat. Dass der Beschwerdeführer den Aufhebungsvertrag lediglich angesichts der in Aussicht gestellten sofortigen Kündigung durch die Beschwerdegegnerin unterschrieben hat, ist in der Vereinbarung denn auch ausdrücklich vermerkt (Ziff. 8). Der Beschwerdeführer hat seine Stelle somit nicht einfach von sich aus aufgegeben, sondern unter Zeitdruck vermutlich einzig, um die drohende Kündigung durch die Beschwerdegegnerin zu vermeiden, da eine Kündigung durch die Arbeitgeberin für eine zukünftige Stellensuche nachteilig gewesen wäre (vgl. für einen ähnlichen Fall ZBI 2000 S. 151 E. 5c). Unter diesen Umständen liegt eine unzulässige Umgehung des zeitlichen Kündigungsschutzes vor.

Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass die Vereinbarung dem Beschwerdeführer keine Vorteile einräumt. Der Arbeitnehmer kann sich nämlich nicht mehr auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen, wenn dieser am Aufhebungsvertrag ein eigenes vernünftiges Interesse hat (Wolfgang Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Besonderes Vertragsrecht, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 365). Zu prüfen ist daher, ob der Beschwerdeführer durch die Vereinbarung Vorteile erlangte. Dazu ist der Aufhebungsvertrag den rechtlichen Verhältnissen, wie sie ohne Vereinbarung geherrscht hätten, gegenüberzustellen.

5. a) Die Beschwerdegegnerin hat sich mit der Vereinbarung verpflichtet, dem Beschwerdeführer bis spätestens 31. Dezember 2007, somit für sechs Monate, weiterhin den Lohn auszuzahlen (Ziff. 1 und 6). Sollte der Mitarbeiter auf einen früheren Zeitpunkt kündigen, würde eine Abgangsentschädigung bezahlt (Ziff. 6). Aufgrund der Vereinbarung wird die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Arbeitszeugnis als Kündigung durch den Mitarbeiter deklariert ("verlässt uns auf eigenen Wunsch") (Ziff. 3). Der Mitarbeiter wird ab dem 29. Juni 2007 freigestellt (Ziff. 4). Die Arbeitgeberin wäre zudem bereit, einer vom Mitarbeiter bezeichneten, anerkannten Unternehmung eine Entschädigung bis max. Fr. 5'000.-- für eine berufliche Neuorientierung (Outplacement) zu finanzieren (Ziff. 9).

b) Hätte der Beschwerdeführer die Vereinbarung nicht unterzeichnet, wäre ihm gekündigt worden. Die ordentliche Kündigungsfrist des Beschwerdeführers betrug nach siebenjähriger Anstellung drei Monate (Art. 15 Abs. 3 lit. a PV). Unter normalen Umständen hätte er demnach noch drei Monatslöhne zugute gehabt. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, dass er zum Zeitpunkt der Besprechung vom 29. Juni 2007, anlässlich welcher die Unterzeichnung der Vereinbarung resp. die Aushändigung der Kündigung erfolgte, krank gewesen sei. Die Kündigung sei demnach zur Unzeit erfolgt und daher nichtig.

6. a) Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers zeichnete sich bereits Ende 2006 ein Burn-out ab. Er sei der konstant hohen Arbeitsbelastung nicht mehr immer gewachsen gewesen. Deshalb habe er sich in ärztliche Behandlung bei Dr. med. Reto Rechsteiner, Allgemeine Medizin FMH, Altdorf und Dr. med. Marianne Bloch, FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, Luzern begeben. Anfangs März 2007 unterbreitete der Beschwerdeführer seinem direkten Vorgesetzten Z, dass er aufgrund seines Gesundheitszustandes nur noch ein reduziertes Pensum, jedoch im Rahmen der normalen Arbeitszeit zu leisten im Stande sei. Dies sei von seinem Vorgesetzten jedoch nicht akzeptiert worden. Er habe den Beschwerdeführer angewiesen, entweder ein volles Pensum zu leisten oder aber sich krankschreiben zu lassen. Dieser Umstand geht auch aus den E-Mails von Z an seine Mitarbeiter hervor. Die gleiche Antwort habe der Beschwerdeführer auf seine wiederholte diesbezügliche Anfrage im Anschluss an die Teamsitzung vom 24. Mai 2007 erhalten. Da der Beschwerdeführer aufgrund seiner Krankheit dringend Tagesstrukturen benötigte und die vertraute berufliche Tätigkeit einen positiven therapeutischen Effekt gehabt habe, habe sich der Beschwerdeführer durchgebissen. In der Folge fiel der Beschwerdeführer jedoch vom 8. bis am 20. März 2007 und vom 25. bis am 30. Mai 2007 aus, was der Beschwerdeführer jeweils mit Arztzeugnissen auswies. Dazu seien vereinzelt Tagesabsenzen gekommen. Mit Schreiben vom 23. Mai 2007 und 16. Juni 2007 versuchte Dr. med. Reto Rechsteiner den Beschwerdeführer für eine stationäre Rehabilitation anzumelden. Am 20. Juni 2007 wurde dem Beschwerdeführer bestätigt, dass er vom 28. Juni 2007 bis am 25. Juli 2007 im Rehabilitationszentrum Seewis angemeldet sei. Für diesen Aufenthalt erhielt der Beschwerdeführer am 22. Juni 2007 die Kostengutsprache seiner Krankenkasse. Der Beschwerdeführer gibt an, er habe die Beschwerdegegnerin umgehend über den Klinikaufenthalt ab dem 28. Juni 2007 informiert und habe so schnell wie möglich einen Besprechungstermin vereinbaren wollen, damit er die laufenden Dossiers seinem Stellvertreter übergeben könne. Den Besprechungstermin habe er jedoch erst für den 29. Juni 2007 erhalten. Daher habe er seinen Klinikaufenthalt verschoben. Im Protokoll der 70. Abteilungsleiter-Sitzung vom 25. Juni 2007 wurde bezüglich des Beschwerdeführers vermerkt, dass er weiterhin gesundheitliche Probleme habe und dass die Entwicklung abgewartet werde. Am 28. Juni 2007 nahm der Beschwerdeführer an der Teamsitzung teil. Das Protokoll dieser Sitzung erwähnt, dass der Beschwerdeführer in nächster Zeit (ungefähr in einer bis drei Wochen) für vier bis sechs Wochen aus gesundheitlichen Gründen (Kuraufenthalt) ausfallen werde. Für diese Zeit werde in Absprache mit dem Leiter der Ausgleichskasse des Kantons Uri ein Stellvertreter organisiert und der Beschwerdeführer werde die entsprechenden Fälle übergeben sowie eine Liste mit den Fällen erstellen.

Am 29. Juni 2007 fand die besagte Besprechung statt. Der Beschwerdeführer teilte mit, dass er heute ganz normal Gespräche führen könne. Seine Arbeitsauslastung betrage im Moment ca. 50 %. Die vorgesehene Kur solle dazu beitragen, dass er die Arbeitsbelastung wieder erhöhen könne. Er habe eine Depression. Diese schränke ihn in seiner Arbeit ein. Er müsse jedoch klar hervorheben, dass die Einschränkung nur in qualitativer (recte wohl: quantitativer) Hinsicht, nicht in quantitativer (recte wohl: qualitativer) Hinsicht bestehe. Er sei nicht in seiner Urteilsfähigkeit eingeschränkt, seine Anträge seien qualitativ einwandfrei. Die Beschwerdegegnerin habe ihm gesundheitlich geholfen, indem ihm nur wenig Arbeit zugeteilt worden sei. Ansonsten hätte er sich krankschreiben lassen müssen. Er brauche geregelte Tagesstrukturen. In der Folge wurde dem Beschwerdeführer eröffnet, dass ihm gekündigt werde.

Am 3. Juli 2007 schrieb Dr. med. Marianne Bloch den Beschwerdeführer rückwirkend vom 15. Mai 2007 bis zum 27. Juni 2007 zu 50 % arbeitsunfähig, bezogen auf ein 100%-Pensum. Am 4. Juli 2007 stellte Dr. med. Reto Rechsteiner rückwirkend ein ärztliches Zeugnis aus, welches den Beschwerdeführer ab dem 28. Juni 2007 zu 100 % arbeitsunfähig erklärte. Zudem ist im Arztzeugnis vermerkt, dass der Beschwerdeführer am 28. Juni 2007 in die Klinik Seewis einzutreten habe und diesbezüglich eine Kostengutsprache der Krankenkasse bestehe.

b) Die Beschwerdegegnerin macht mit Verweis auf das Besprechungsprotokoll vom 29. Juni 2007 geltend, der Beschwerdeführer habe sich gemäss eigenen Aussagen gut gefühlt und habe sinngemäss wiedergegeben, normal seiner Arbeit nachgehen zu können. Davon, dass der Beschwerdeführer am 28. Juni 2007 in den Kuraufenthalt hätte eintreten sollen, habe sie nichts gewusst. Zudem sei der Beschwerdeführer nicht krankgeschrieben gewesen. Daran änderten auch die durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nachträglich eingereichten, rückwirkenden Arztzeugnisse nichts. Diese seien aufgrund von zweifelhaften Telefondiagnosen ausgestellt worden. Damit seien sie als reine Gefälligkeitsgutachten einzustufen und dementsprechend vom Gericht zu würdigen.

c) Der Arbeitnehmer hat die (krankheits- bzw. unfallbedingte) Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Der entsprechende Beweis wird in der Regel mit einem ärztlichen Zeugnis erbracht. Grundsätzlich ist aber auch jeder andere Beweis zulässig. Die Beweiskraft eines ärztlichen Zeugnisses hat das Gericht frei zu würdigen (AJP 1996 S. 557). Vorliegend war allen Mitarbeitern der Beschwerdegegnerin bekannt, dass der Beschwerdeführer an gesundheitlichen Problemen leidet. Er war denn auch mehrere Male für kurz oder länger krankgeschrieben. Ebenfalls bekannt war, dass sich der Beschwerdeführer in einen Kuraufenthalt zu begeben hatte. Unklar ist, ob die Beschwerdegegnerin über den genauen Zeitpunkt des Klinikaufenthalts informiert war oder nicht. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Falls der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber nicht mitteilt, verletzt er zwar seine Treuepflicht; die Berufung auf den Kündigungsschutz ist jedoch nicht rechtsmissbräuchlich (Frank Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N. 3 zu Art. 336c OR). Für den fraglichen Zeitpunkt und den Monat davor, existieren zudem Arztzeugnisse, welche die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers bescheinigen. Dass diese rückwirkend ausgestellt wurden, vermag ihrer Beweiskraft im vorliegenden Fall nichts anzuhaben. Der Beschwerdeführer war seit mehreren Monaten in ärztlicher, auch psychiatrischer Behandlung. Dies war der Beschwerdegegnerin hinlänglich bekannt. Ebenso war der Beschwerdegegnerin bewusst, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Krankheit nicht über seine volle Arbeitskraft verfügte. Entlastete sie ihn doch durch die verminderte Zuteilung von Fällen. Da der Beschwerdeführer regelmässig Therapiesitzungen bei Dr. med. Marianne Bloch besuchte, ist davon auszugehen, dass diese den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers korrekt beurteilen konnte (vgl. für einen ähnlichen Fall BJM 2005 S. 228). Das rückwirkende Arztzeugnis von Dr. med. Marianne Bloch vom 3. Juli 2007, welches dem Beschwerdeführer eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bescheinigt, hat daher seine Gültigkeit. Gleiches hat für das Arztzeugnis von Dr. med. Reto Rechsteiner vom 4. Juli 2007 zu gelten. Die Zeitspanne der Rückwirkung beträgt hier noch sechs Tage. Dem Beschwerdeführer war nach eigenen Angaben viel daran gelegen, seine Dossiers vor dem Kuraufenthalt seinem Stellvertreter ordentlich zu übergeben. Dass der Beschwerdeführer trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit dennoch am Arbeitsplatz, insbesondere zur Teamsitzung vom 28. Juni 2007 und zur Besprechung am 29. Juni 2007 erschien, ist bezüglich des Kündigungsschutzes ohne Bedeutung. Setzt sich der Arbeitnehmer besonders für seinen Arbeitgeber ein, indem er trotz medizinischer Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit erscheint, soll er dafür nicht durch Entzug des Kündigungsschutzes bestraft werden (AJP 1996 S. 554). Gesagtes erhellt, dass der Beschwerdeführer am 29. Juni 2007 krank war und über ein gültiges Arztzeugnis verfügte.

7. a) Gemäss Art. 15 Abs. 6 Satz 1 PV sind Kündigungen zur Unzeit i.S. des Obligationenrechts nichtig. Die Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber ist im OR in Art. 336c geregelt. Nach dessen Abs. 1 lit. b darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Da der Beschwerdeführer am 29. Juni 2007 nachweislich krankgeschrieben war, wäre eine zu diesem Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung daher nichtig gewesen. Der Beschwerdeführer hätte für die Dauer seiner Krankheit resp. bis zum Ablauf der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR weiterhin seinen Lohn erhalten. In concreto begann die Sperrfrist laut Arzzeugnis von Dr. med. Marianne Bloch vom 3. Juli 2007 am 15. Mai 2007. Da der Beschwerdeführer bereits sieben Jahre bei der Beschwerdegegnerin angestellt war, betrug die Sperrfrist für ihn 180 Tage (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Diese 180 Tage wären am 10. November 2007 abgelaufen. Danach hätte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer ordentlich kündigen können. Aufgrund der dreimonatigen Kündigungsfrist wäre die Lohnzahlung an den Beschwerdeführer sodann bis Ende Februar 2008 gesichert gewesen (vgl. Art. 15 Abs. 5 PV).

b) Durch die Vereinbarung, welche dem Beschwerdeführer die Lohnfortzahlung bis zum 31. Dezember 2007 garantierte, ist der Beschwerdeführer somit im Vergleich zur Kündigung durch die Beschwerdegegnerin schlechter gestellt, denn er bekommt dadurch zwei Monatslöhne weniger ausbezahlt. Die übrigen Bestimmungen des Aufhebungsvertrages, insbesondere die Entschädigung für das Outplacement in der Höhe von max. Fr. 5'000.--, vermögen diesen Nachteil nicht aufzuwiegen. Der Beschwerdeführer hat demnach durch die Vereinbarung keine wesentlichen Vorteile erlangt.

Nr. 28 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 53 Abs. 2 SubV. Art. 13 Abs. 5 Verordnung über die berufliche Grundbildung Elektroinstallateurin/Elektroinstallateur mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis. Kriterium der Lehrlingsausbildung. Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter. Das Kriterium der Lehrlingsausbildung darf nicht zur Diskriminierung auswärtiger Anbieter führen. Bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten kann die Vergabestelle berücksichtigen, ob und allenfalls wie viele Lehrstellen die Anbietenden im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse zur Verfügung stellen. Die Berücksichtigung der absoluten Anzahl Lehrlinge beim Zuschlag des Auftrages wirkt sich diskriminierend aus und ist demnach in einem Vergabeverfahren nicht zulässig. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen damit rechtsfehlerhaft ausgeübt. Sie durfte das Kriterium der absoluten Anzahl der Lehrlinge nicht anwenden. Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung. Die Frage der Zulässigkeit des Einbezugs von Sonderbewilligungen in die massgebliche Anzahl der Lehrlingsverhältnisse konnte vorliegend offen bleiben.

Obergericht, 07. April 2008, OG V 07 45

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht generell geltend, die Zulässigkeit des vergabefremden Lehrlingskriteriums sei fragwürdig. Tatsächlich lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtes entnehmen, dass die Zulässigkeit der Verwendung dieses Kriteriums nicht unumstritten ist (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2). Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Submissionsverfahren ist an sich ein vergabefremdes Kriterium. Es soll jedoch nach Teilen der Lehre und der Rechtsprechung

verschiedener Kantone als Zuschlagskriterium zulässig sein, sofern der kantonale Gesetzgeber dies vorsieht (Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 20.12.2005 zur entworfenen Submissionsverordnung des Kantons Uri, S. 20; vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 589). Die zürcherische Rechtsprechung lässt dieses Kriterium nur zu, wenn die Anzahl Lehrlinge, die ein Anbieter beschäftigt, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Angestellten im Unternehmen betrachtet wird. Die Kantone Aargau und Freiburg anerkennen das Kriterium nur, wenn es für die Vergabe nicht ausschlaggebend ist, sondern verwendet wird, um praktisch gleiche Angebote auseinander zu halten. Die Praxis des Kantons Thurgau erachtet das Lehrlingskriterium zwar eher als für die Vergabe sachfremd, lässt es aber auch zu, um gleichwertige Angebote auseinander zu halten. Der Kanton Wallis hat festgehalten, dass die Lehrlingsausbildung kein Eignungskriterium sein kann (vgl. die Zusammenfassung kantonaler Entscheide in: Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 590 ff.). Im Kanton Uri ist das Lehrlingskriterium in Art. 53 Abs. 2 SubV geregelt: "Bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten kann die Vergabestelle berücksichtigen, ob und allenfalls wie viele Lehrstellen die Anbietenden im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse zur Verfügung stellen". Das Kriterium der Lehrlingsausbildung hat somit eine gesetzliche Grundlage. Eine solche im anzuwendenden Submissionsrecht wird zumindest in Teilen der Lehre gefordert (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 589). Das Kriterium wird zudem nur angewendet, wenn sich annähernd gleich günstige Angebote gegenüberstehen (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2, wonach das an sich vergabefremde Kriterium entsprechend niedrig zu gewichten ist). Gemäss Gesetzeswortlaut wird überdies das Verhältnis der Lehrstellen zur Betriebsgrösse des Anbietenden gemessen (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2, wonach, um eine systematische Benachteiligung kleiner Betriebe zu vermeiden, es nahe liegt, nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis in Bezug auf die Gesamtzahl der Beschäftigten abzustellen. Auch spreche das mit dem Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung verfolgte sozialpolitische Ziel eher dafür, auf die Gesamtzahl der im Betrieb eines Offerenten beschäftigten Lehrlinge abzustellen, statt bloss gerade jene Zahl von Lehrlingen zu berücksichtigen, welche für die Art der zu vergebenden Arbeit speziell ausgebildet werden. Ein sachgerechter Vergleich werde sonst schwierig, wenn im Submissionsverfahren neben spezialisierten Betrieben auch Unternehmen mit einem weiteren Tätigkeitsfeld als Konkurrenten auftreten.). Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, wie in der SubV geregelt, wird als zulässig erachtet.

...

6. a) Die Berücksichtigung von vergabefremden Zuschlagskriterien in Beschaffungsgeschäften setzt eine Grundlage im anzuwendenden Submissionsrecht voraus (E. 2). Das Kriterium der Lehrlingsausbildung ist in Art. 53 Abs. 2 SubV unter dem Titel "Zuschlagskriterien" genannt. Jedoch ist in dieser Bestimmung nur geregelt, dass bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten die Vergabestelle berücksichtigen kann, ob und allenfalls wie viele Lehrstellen die Anbietenden im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse zur Verfügung stellen. Davon, dass bei gleich hohen prozentualen Anteilen von Lehrlingen am Personalbestand die grössere absolute Anzahl Lehrlinge massgebend sein soll, steht in den Bestimmungen der Submissionsverordnung nichts. Auch im Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 20. Dezember 2005 zur entworfenen Submissionsverordnung des Kantons Uri ist das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nicht aufgeführt. Im Gegenteil, der Bericht und Antrag spricht davon, dass kleinere Unternehmen insofern begünstigt werden sollen, als die Zahl der Lehrstellen nicht absolut, sondern im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse berücksichtigt werden (S. 20). Diesen Umstand vermag auch die Weisung des Baudirektors vom 5. Juli 2006 für Submissionen nicht zu ändern. Diese sieht in Ziff. 5 vor, dass die Zahl der absoluten Lehrlinge gilt, sofern die erste Bewertung des Lehrlingskriteriums keine Differenzen ergibt. Dies geschieht jedoch nicht, wie die Vorinstanz geltend macht, lückenfüllend. Eine Lücke im Gesetz kann, wenn überhaupt, nur das Gericht füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die Weisung des Baudirektors stellt vielmehr eine blosse Verwaltungsverordnung dar. Verwaltungsverordnungen sind generelle

Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 123). Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 124). Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, da sie keine Rechtsnormen enthalten, insbesondere keine Pflichten oder Rechte der Privaten statuieren (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 125). Für das Kriterium der absoluten Anzahl der Lehrlinge besteht keine gesetzliche Grundlage.

b) Vorliegend macht die Vorinstanz geltend, es liege in ihrem Ermessen, ein Kriterium einzuführen, welches in einer solchen Situation zu einer Entscheidung führe. Dies trifft zwar grundsätzlich zu. Die Festlegung der Zuschlagskriterien (eingeschlossen Subkriterien) und deren Rangfolge und Gewichtung für die konkrete Vergabe steht im Ermessen der Vergabebehörde. Dies gilt auch für die Bewertung und Einstufung der verschiedenen Angebote nach Massgabe der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien und ihrer Bedeutung (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 74 f. E. 7c; vgl. auch Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 23.01.2003, VB.2002.00195, publ. in Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2003, Nr. 54). Den Verwaltungsgerichten ist bezüglich der Beurteilung des Ermessens regelmässig nur die Rechtskontrolle gestattet. Dazu gehört die Kontrolle auf Überschreitung, Unterschreitung und Missbrauch des Ermessens, nicht aber die Kontrolle der Unangemessenheit. Entscheide, welche einen qualifizierten Ermessensfehler, wie z.B. einen Missbrauch des Ermessens beinhalten, müssen von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 473). Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere willkürlich und rechtsungleich betätigt wird. Der Entscheid ist sodann nicht nur unzweckmässig oder unangemessen, sondern unhaltbar; er steht im Widerspruch zu Verfassungsprinzipien oder zu Sinn und Zweck des Gesetzes (BGE 123 V 152 E. 2; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 21.11.2005, OG V 05 34, E. 5d; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 463 f.). Bei der Ausübung ihres Ermessens hat sich die Vergabebehörde demnach von sachlichen, nachvollziehbaren und transparenten Überlegungen leiten zu lassen. Unzulässig wäre es etwa, in solchen Fällen das Kriterium der Ortsansässigkeit heranzuziehen. Dies würde Sinn und Zweck des Vergaberechts widersprechen (BR 2003 S. 155 S46).

Mit dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge hat die Vorinstanz ihr Ermessen in unhaltbarer Weise ausgeübt. Denn das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge benachteiligt systematisch kleine Unternehmungen, welche aufgrund ihrer Grösse nur eine beschränkte Anzahl Lehrlinge einstellen können und dürfen. Egal, ob das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nun ein Zuschlagskriterium oder eine blosser Entscheidhilfe darstellt: Die Vorinstanz hat sich an die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere an die Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 1 Abs. 2 lit. b SubV), zu halten. Das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge wirkt sich jedoch diskriminierend aus und ist demnach in einem Vergabeverfahren nicht zulässig. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen somit rechtsfehlerhaft ausgeübt. Sie durfte das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nicht anwenden.

c) Zu prüfen ist nun, ob die Beschwerdeführerin das diskriminierende Kriterium nicht schon mit der Ausschreibung hätte anfechten müssen. Die Ausschreibung des Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 60 lit. b SubV). Rügen gegen die Ausschreibung müssen innert 10 Tagen bei der Schlichtungsstelle geltend gemacht werden (Art. 63 Abs. 3 SubV). Rügen, die nach Ablauf der Beanstandungsfrist vorgebracht werden, sind verspätet. Insbesondere können sie nicht erst bei der Anfechtung des Zuschlags vorgebracht werden. Anderes würde dem Gebot der zügigen und ökonomischen

Durchführung des Submissionsverfahrens zuwiderlaufen und dieses unnötig in die Länge ziehen. Ausserdem wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben kaum vereinbar, wenn ein Anbieter sich im Wissen um die rechtsfehlerhafte Ausschreibung nicht zur Wehr setzt, sondern zuwartet und erst bei Nichterteilung des Zuschlages ein Rechtsmittel ergreift (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 23.08.1999, OG V 99 15, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 29 S. 75 f. E. 3). Dieser Grundsatz gilt auch im Bundesrecht (Art. 29 lit. b BoeB), jedoch nur für diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung, welche bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Dies gilt in der Regel z.B. für Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Zulässigkeit und Rechtsformen von Bietergemeinschaften, Teilangebote und Varianten, Losbildung oder Verfahrenssprache. Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt erhalten (vgl. BGE 2P.294/2005 vom 14.03.2006 E. 4.1; Galli/Mo-ser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 820). Vorliegend war das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge in Ziff. 5.2 Submissionsanweisungen aufgeführt. Die Beschwerdeführerin wusste somit, dass für den Fall der wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angebote nach den genannten Kriterien verfahren würde. Dabei vermag ihre Argumentation nicht zu überzeugen, wenn sie anführt, die geringe Wahrscheinlichkeit eines Zuschlags nach der absoluten Anzahl der Lehrlinge hätte eine Anfechtung des Vergabekriteriums nicht gerechtfertigt und ein unnötiges Verfahren heraufbeschworen. Denn auch ohne Wissen um den Umstand, dass der Zuschlag i.c. tatsächlich nach dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge erfolgen wird, erscheint dieses Kriterium bei objektiver Betrachtungsweise doch rechtswidrig und die Beschwerdeführerin hätte dies erkennen können. Eine Anfechtung hätte demnach bereits nach der Ausschreibung erfolgen sollen.

d) Das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge ist jedoch unter dem Aspekt der Nichtigkeit zu prüfen.

Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwer wiegende Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge (BGE 132 II 27 E. 3.1, 129 I 363 f. E. 2.1). Dazu gehört etwa der offensichtliche Verstoss gegen Grundrechte (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 18). Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 132 II 346 E. 2.1, 129 V 488 E. 2.3). Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955). Wenn die Fehlerhaftigkeit nur eine von mehreren Anordnungen der Verfügung betrifft und die Verfügung auch beim Wegfall dieser nichtigen Bestimmung ihren Zweck erreichen kann, ist von Teilnichtigkeit zu sprechen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 988).

Der Mangel, welcher der Zuschlagsverfügung anhaftet, ist die Diskriminierung und Ungleichbehandlung von Anbietern. Die Rechtsgleichheit ist eines der wichtigsten Prinzipien in einem Rechtsstaat (vgl. Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 23 Rz. 1). Zudem ist die Gleichbehandlung der Anbieter einer der Kerngrundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 BoeB, Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM, Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB und Art. 1 Abs. 2 lit. b SubV). Daher ist der Mangel als besonders schwer zu bezeichnen. Es ist leicht erkennbar, dass mit dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge

kleine Unternehmen stets benachteiligt würden. Durch die Annahme von Nichtigkeit erscheint die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet, zumal die Weisung des Baudirektors für Submissionen, welche das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge statuiert, vom 5. Juli 2006 datiert und seit damals wohl kaum Fälle aufgetreten sind, auf welche dieses Kriterium angewendet werden musste. Gesagtes erhellt, dass das diskriminierende Kriterium im vorliegenden Fall einen Nichtigkeitsgrund darstellt und die Zuschlagsverfügung daher nichtig ist.

Nr. 29 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 38, Art. 48 Abs. 1 lit. c, Art. 56 SubV. Ob ein bestimmtes Merkmal als Eignungs- oder als Zuschlagskriterium behandelt wird, ergibt sich aus dessen Verwendung in der Ausschreibung bzw. Einladung und den Ausschreibungs- bzw. Einladungsunterlagen. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Eignungskriterien (sowie anderen Ausschlusskriterien) und Zuschlagskriterien sind die beiden Kategorien klar auseinander zu halten. Der Vergabebehörde kommt bei der Bewertung der Eignungskriterien bzw. der Eignung der Anbieter ein grosses Ermessen zu. Die Vergabebehörde hat die Eignung des Anbieters grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingelegten Unterlagen zu prüfen. Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Die Vergabebehörde hat entsprechende Hinweise zu überprüfen, aufgrund deren die ursprünglich angenommene Leistungsfähigkeit des Anbieters nicht mehr bestehen könnte. Letztere muss nicht nur bei Einreichung der Offerte gegeben sein, sondern weiter bestehen bis zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. darüber hinaus bis zur vorgesehenen Ausführung des Auftrags. Die Vergabebehörde hat jederzeit die Möglichkeit, zusätzliche Abklärungen zu treffen und gegenüber einem Anbieter, der den Eignungskriterien nicht mehr genügt, den Ausschluss vom Verfahren oder den Widerruf des Zuschlags zu verfügen. Die Autobahntunnels Lopper und Kirchenwald sind als zwei Bauwerke anzusehen. Die Beteiligte hat demnach mit ihrer Offerte zwei gültige Referenzen eingereicht.

Obergericht, 14. März 2008, OG V 07 38

Nr. 30 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 65 Abs. 2 SubV. Das Obergericht kann auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende überwiegende öffentliche Interessen. Beim Geschiebesammler Stiglisbrücke handelt es sich um ein wichtiges und zentrales Element im Rahmen der Hochwasserschutzmassnahmen Urner Talboden. So rasch als möglich müssen im Hinblick auf ein mögliches neues Hochwasser die aus dem Schächental stammenden Geschiebefrachten im Unterlauf des Schächens dosiert werden können. Der beim Geschiebesammler Stiglisbrücke beabsichtigte Einbau einer Abschlusschütze in die Grundlassöffnung soll diesem Zweck dienen.

Obergericht, 20. März 2009, OG V 09 7

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- die Vorinstanz im Wesentlichen vorbringt, dass sie den Vertrag mit der obsiegenden Anbieterin (X) zwar noch nicht abgeschlossen habe, dies grundsätzlich für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sprechen würde; allerdings eine dringliche Situation vorliege, verbunden mit grossen volkswirtschaftlichen Schäden, falls die rechtzeitige Erstellung der Hochwasserschutzmassnahme am Geschiebesammler Stiglisbrücke nicht vor der nächsten Hochwassersaison realisiert werden könne; die Folgen des Unwetters 2005 darauf zurückzuführen seien, dass der Geschiebesammler seine ihm zugeordnete Funktion nicht zu erfüllen vermochte und - sofern sich der Geschiebesammler Stiglisbrücke bei einem zukünftigen Hochwasser aus dem Raum Schächental noch in seinem heutigen Zustand befinde - mit erneuten Überschwemmungen gerechnet werden müsse; aufgrund des laufenden Verfahrens die Zeitverhältnisse bereits sehr knapp wären; dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides daher zum Vornherein ein erhebliches Gewicht zukomme;

- das Obergericht auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 65 Abs. 2 SubV);

- vorliegend einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen;

- es sich beim Geschiebesammler Stiglisbrücke um ein wichtiges und zentrales Element im Rahmen der Hochwasserschutzmassnahmen Urner Talboden handelt;

- das Versagen des damaligen Geschiebesammlers Stiglisbrücke wesentlich zu den verheerenden Auswirkungen des Unwetters 2005 beigetragen hat, indem die Wassermassen des Schächens und das mitgeführte Material sich ungehindert in die Urner Reusebene verschieben konnten (Notorietät);

- ein überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht, dass so rasch als möglich im Hinblick auf ein mögliches neues Hochwasser die aus dem Schächental stammenden Geschiebefrachten im Unterlauf des Schächens dosiert werden können, der beim Geschiebesammler Stiglisbrücke beabsichtigte Einbau einer Abschlusschütze in die Grundausslassöffnung diesem Zweck dienen soll; ...

Nr. 31 Stipendien. Art. 26 Abs. 2 VRPV. Art. 20, Art. 21 Abs. 1 und 3 Reglement über die Ausrichtung von Ausbildungsbeiträgen. Rückwirkend werden grundsätzlich keine Ausbildungsbeiträge ausgerichtet. Die Wiedererwägungsgründe nach Art. 26 Abs. 2 lit. a und b und der Unmöglichkeit der Geltendmachung wesentlicher Tatsachen oder Beweismittel im früheren Verfahren beschlagen eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung. Der Wiedererwägungsgrund nach Art. 26 Abs. 2 lit. c VRPV gilt zwar für nachträglich fehlerhaft gewordene Verfügungen. Diese Bestimmung ist jedoch genau genommen nur auf Dauerverfügungen anwendbar, welche nach ihrem Erlass in die Zukunft weiter wirken. Ansonsten ist bei einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht die erlassene Verfügung wiederzuerwägen und anzupassen, sondern ist gestützt auf die neue Sach-

oder Rechtslage eine neue Verfügung zu erlassen. Die angefochtene Verfügung betreffend Gewährung von Stipendien stellt aufgrund der veränderten Umstände eine nachträglich fehlerhafte Verfügung dar. Ausbildungsbeiträge werden aber nur für ein Jahr zugesprochen, weshalb keine Dauerverfügung gegeben ist. Ein die Behörde zur Wiedererwägung verpflichtender Grund liegt nicht vor.

Obergericht, 18. April 2008, OG V 08 2

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- das Direktionssekretariat der Bildungs- und Kulturdirektion nach Art. 20 Stipendienreglement die Ausbildungsbeiträge im Amtsblatt des Kantons Uri jährlich zur freien Bewerbung ausschreibt; das Gesuch um Ausbildungsbeiträge innert der angesetzten Frist beim Direktionssekretariat der Bildungs- und Kulturdirektion einzureichen ist (Art. 21 Abs. 1 Stipendienreglement); nach Art. 21 Abs. 3 Stipendienreglement kein Anspruch auf Ausbildungsbeiträge besteht, wenn das Gesuch unvollständig oder nicht rechtzeitig eingereicht worden ist; in Anwendung dieser Bestimmungen gemäss der gängigen Praxis rückwirkend grundsätzlich keine Ausbildungsbeiträge ausgerichtet werden (vgl. auch BGE 2P.100/2006 vom 29.08.2006 E. 3; BJM 1995 S. 53 f.);

- ein Gesuch um Ausbildungsbeiträge für das Schuljahr 2006/07 demnach bis Ende September 2006 in vollständiger Form beim Direktionssekretariat der Bildungs- und Kulturdirektion einzureichen war (Amtsblatt des Kantons Uri vom 25.08.2006, S. 1127); das Gesuch um Nachzahlung erst am 29. April 2007 erfolgte; dieses somit nicht rechtzeitig eingereicht wurde; eine zusätzliche Gewährung von Ausbildungsbeiträgen somit nicht möglich ist; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insoweit abzuweisen ist;

- Wiedererwägungsgesuche Gesuche um Änderung formell rechtskräftiger Verfügungen sind (Art. 26 VRPV; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31), die Verfügung des Direktionssekretariates der Bildungs- und Kulturdirektion vom 29. Juni 2007 aufgrund der dagegen erhobenen Einsprache und der gegen den ergangenen Einspracheentscheid hängigen vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen ist, dem am 17. Juli 2007 zusammen mit der Einsprache eingereichten Wiedererwägungsgesuch deshalb keine selbstständige Bedeutung zukam, die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die erhobene Einsprache abweisen konnte, ohne auf das Wiedererwägungsgesuch einzugehen;

- selbst wenn das Gesuch vom 29. April 2007 um Nachzahlung von Stipendien als Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung vom 10. Oktober 2006 angesehen wird, das Direktionssekretariat der Bildungs- und Kulturdirektion Uri nicht verpflichtet gewesen wäre, auf das Gesuch einzutreten;

- nach Art. 26 Abs. 2 VRPV die Behörde nicht verpflichtet ist, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, ausser wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die ihm in früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die er trotz der erforderlichen Sorgfalt nicht kannte (lit. a), wenn der Gesuchsteller in früheren Verfahren keine Veranlassung hatte, damals bekannte Tatsachen oder Beweismittel vorzubringen (lit. b) oder wenn sich die Umstände seit der ersten Verfügung wesentlich geändert haben (lit. c); zudem auch dann von Verfassungs wegen ein Anspruch auf Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch besteht, wenn der Gesuchsteller wesentliche

Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren geltend zu machen ihm unmöglich war (BGE 113 Ia 152 E. 3a; Entscheide Obergericht des Kantons Uri vom 22.11.2007, OG AK 07 23, S. 2, vom 13.07.2006, OG V 06 4, E. 8b und vom 23.05.2005, OG V 05 2, E. 3a; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1833);

- die Verfügung vom 10. Oktober 2006 betreffend Gewährung von Stipendien aufgrund der veränderten Umstände eine nachträglich fehlerhafte Verfügung darstellt;

- die Wiedererwägungsgründe nach Art. 26 Abs. 2 lit. a und b VRPV und der Unmöglichkeit der Geltendmachung im früheren Verfahren lediglich eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung beschlagen; der Wiedererwägungsgrund nach Art. 26 Abs. 2 lit. c VRPV zwar für nachträglich fehlerhaft gewordene Verfügungen gilt; diese Bestimmung jedoch genau genommen nur auf Dauerverfügungen anwendbar ist, welche nach ihrem Erlass in die Zukunft weiterwirken; ansonsten bei einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht die erlassene Verfügung wiederzuerwägen und anzupassen, sondern gestützt auf die neue Sach- oder Rechtslage eine neue Verfügung zu erlassen ist (Entscheide Obergericht des Kantons Uri vom 22.11.2007, OG AK 07 23, S. 2, vom 13.07.2006, OG V 06 4, E. 8b und vom 23.05.2005, OG V 05 2, E. 4a); Ausbildungsbeiträge nur für ein Jahr zugesprochen werden, weshalb keine Dauerverfügung gegeben ist; demnach kein die Behörde zur Wiedererwägung verpflichtender Grund vorliegt; ...

Nr. 32 Baurecht. Art. 4, Art. 14, Art. 21 Abs. 2 RPG. Art. 30 Abs. 2, Art. 31b Abs. 3 BauG. Art. 118 ff. BZO Altdorf. Änderung eines Quartiergestaltungsplans. Rechtsnatur des Quartiergestaltungsplanes. Formen der Mitwirkung beim Erlass eines Quartiergestaltungsplanes. In einfachen und überschaubaren Fällen ist es zulässig, dass Mitwirkungs- und Einspracheverfahren parallel ablaufen und organisatorisch zusammengelegt werden. Eine persönliche Zustimmung jedes Grundeigentümers zum QGP ist nicht erforderlich. Grundsätze der Planbeständigkeit. Für eine Planänderung ist nötig, dass sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung geändert haben, diese Veränderung die für die Planung massgebenden Verhältnisse betrifft und erheblich ist und damit eine Plananpassung nötig erscheint. In concreto haben sich die Verhältnisse erheblich geändert, da sich die tatsächlichen Umstände im betroffenen Gebiet gewandelt haben und seit dem Erlass des QGP neue Bedürfnisse entstanden sind. Eine Plananpassung ist nicht in jedem Fall zwingend. Es hat eine Abwägung mit dem Gebot der Rechtssicherheit und dem darin liegenden Grundsatz der Planbeständigkeit zu erfolgen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung muss geprüft werden, ob das durch die wesentliche Änderung der Verhältnisse begründete öffentliche Interesse an einer Änderung des Plans die gegenläufigen (privaten oder öffentlichen) Erhaltungsinteressen überwiegt.

Obergericht, 09. Januar 2009, OG V 08 3

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass ihre Mitwirkungsrechte bis anhin nicht genügend berücksichtigt wurden. Es könne nicht angehen, dass sie nach einer kurzfristigen Information durch die Bauherrschaft einzig die Möglichkeit hätten, Einsprache gegen die Auflage des Quartiergestaltungsplanes zu erheben. Es werde deshalb weiterhin die Ansicht vertreten, dass die Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der Grundsätze der

Planbeständigkeit von Anfang an bei der Änderung der Quartiergestaltungsplanung hätten mitwirken bzw. idealerweise ihre Zustimmung hätte eingeholt werden müssen.

a) Bei einem Quartiergestaltungsplan handelt es sich um einen Sondernutzungsplan, welcher eine besondere Art eines Nutzungsplanes darstellt (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N. 10 ff. zu Art. 14 RPG). Beim Nutzungsplanverfahren sind zwei verschiedene Formen der Mitwirkung zu unterscheiden. Die eine Mitwirkung ist in Art. 4 RPG vorgesehen. Sie ist auf den politischen Meinungsbildungsprozess beschränkt. Die andere Form der Mitwirkung bezieht sich auf den Rechtsschutz gemäss Art. 33 RPG (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 2 zu Art. 4 RPG).

Vorliegend rügen die Beschwerdeführer die ungenügende Mitwirkungsmöglichkeit im Rahmen von Art. 4 RPG. Gemäss dieser Bestimmung unterrichten die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden die Bevölkerung über Ziele und Ablauf der Planungen nach dem RPG (Abs. 1). Weiter sorgen die Behörden dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann (Abs. 2). Form und Art der Information hängen dabei einerseits von der in Frage stehenden Planung sowie andererseits vom (potenziell) interessierten Personenkreis ab. In diesem Bereich kommt dem kantonalen Gesetzgeber und den Planungsträgern eine gewisse Gestaltungsfreiheit zu (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 11 zu Art. 4 RPG). Die Mindestgarantie für die Mitwirkung der Bevölkerung besteht darin, dass die Behörden Vorschläge entgegennehmen, Planentwürfe zu allgemeiner Ansichtsäusserung freigeben und Einwände materiell beantworten (BGE 111 Ia 168 E. 2d). Letzteres bedeutet jedoch nicht, dass ein Anspruch auf individuelle Beantwortung jeder Mitwirkungseingabe bestünde (Rudolf Muggli, Kommentar RPG, Zürich 1999, Art. 4 Rz. 24).

b) Das kantonale Recht sieht vor, dass sowohl Zonenpläne als auch Quartierpläne in dem für den Baulinienplan gültigen Verfahren zu erlassen sind, soweit die Bauordnung nicht weitergehende Vorschriften enthält (Art. 30 Abs. 2 und Art. 31b Abs. 3 BauG). Demnach ist gemäss Art. 28 BauG der Baulinienplan während einer Einsprachefrist von 30 Tagen öffentlich aufzulegen (lit. a). Auf die Auflage und die Einsprachefrist ist vorgängig durch Publikation im Amtsblatt hinzuweisen unter Angabe des von der Baulinie erfassten Gebietes (lit. b). Das kommunale Recht regelt die Mitwirkung resp. das Verfahren zum Erlass eines Quartiergestaltungsplanes in Art. 118 ff. Bau- und Zonenordnung (BZO) Altdorf. Demnach können einzelne oder mehrere Grundeigentümer Quartiergestaltungspläne erstellen, welche dann durch den Gemeinderat erlassen werden (Art. 118 Abs. 1 BZO Altdorf). Der Quartiergestaltungsplan ist sodann zusammen mit allfälligen Reglementen während 30 Tagen auf der Gemeindeverwaltung öffentlich aufzulegen (Art. 120 Abs. 1 BZO Altdorf). Die Auflage ist im Amtsblatt zu veröffentlichen mit der Aufforderung, allfällige Einsprachen innert der Auflagefrist beim Gemeinderat einzureichen (Art. 120 Abs. 2 BZO Altdorf). Dieser entscheidet über die Einsprachen (Art. 120 Abs. 3 BZO Altdorf).

...

4. Die Beschwerdeführer führen aus, sie verträten weiterhin die Ansicht, dass die Änderung des QGP den Grundsätzen der Planbeständigkeit widerspreche.

a) Gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Diese Bestimmung garantiert der Nutzungsplanung einerseits eine gewisse Beständigkeit und sichert ihr die vom Gesetzgeber zugedachte Funktion (BGE 123 I 182 f. E. 3a). Nutzungspläne können ihren Zweck der Schaffung einer grundeigentümerverbindlichen und parzellenscharfen Nutzungsordnung nur erfüllen, wenn sie eine gewisse Beständigkeit aufweisen (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 12 zu Art. 21 RPG). Die Pläne sind andererseits revidierbar, da dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung

gebracht werden sollen können (BGE 123 I 182 f. E. 3a). So bestimmt denn auch das kommunale Recht in Art. 120 Abs. 6 BZO Altdorf, dass der Gemeinderat Quartier- oder Quartiergestaltungspläne überprüfen und dem Regierungsrat Änderungen beantragen kann, wenn die Erstellung der Bauten nach zehn Jahren seit der Genehmigung noch nicht abgeschlossen ist.

b) Für eine Planänderung ist nötig, dass sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung geändert haben, diese Veränderung die für die Planung massgebenden Verhältnisse betrifft und erheblich ist und damit eine Plananpassung nötig erscheint. Hierfür bedarf es einer umfassenden Abwägung der entgegenstehenden Interessen (BGE 123 I 183 E. 3a). Je neuer ein Zonenplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen (BGE 1P.37/2005 vom 07.04.2005 E. 2.1). Je länger ein Plan besteht, um so eher muss mit seiner Änderung gerechnet und um so weniger darf auf dessen Bestand vertraut werden. Der zeitlichen Komponente kommt somit eine entscheidende Bedeutung bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Planänderung zu (SJZ 1994 S. 229). Nach Ablauf des Planungshorizontes, der für Bauzonen 15 Jahre beträgt (Art. 15 lit. b RPG), sind Zonenpläne grundsätzlich einer Überprüfung zu unterziehen und nötigenfalls anzupassen (BGE 1P.37/2005 vom 07.04.2005 E. 2.1).

5. Zunächst ist demnach zu prüfen, ob sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung erheblich geändert haben.

a) Als Verhältnisse, deren Änderung eine Plananpassung rechtfertigen bzw. gebieten kann, fallen sowohl tatsächliche (wie z.B. Bevölkerungswachstum, Wirtschaftsentwicklung, Bedrohung eines Landschaftsbildes oder eines Lebensraums, neue Erschliessungsverhältnisse) als auch rechtliche Umstände (wie z.B. Änderungen des Planungs- und Umweltrechts, Revision des Richtplans, ergangene Rechtsprechung) in Betracht. Eine Planänderung ist allerdings nur dann mit Art. 21 Abs. 2 RPG vereinbar, wenn sich die Verhältnisse (seit der letzten Planfestsetzung) erheblich verändert haben. Dies ist der Fall, wenn entweder die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, die der Planfestsetzung zugrunde gelegen hatten, zu wesentlichen Teilen dahingefallen sind, oder wenn seither neue bedeutende Bedürfnisse entstanden sind (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 15 f. zu Art. 21 RPG). Eine erhebliche Veränderung liegt auch dann vor, wenn das Gemeinwesen nach der allgemeinen Erfahrung andere Festlegungen getroffen hätte, sofern die geänderten Verhältnisse zur Zeit der Ausarbeitung der Nutzungsplanung massgeblich gewesen wären (SJZ 1994 S. 229).

...

7. Eine Plananpassung ist nicht in jedem Fall zwingend. Es hat daher eine Abwägung mit dem Gebot der Rechtssicherheit und dem darin liegenden Grundsatz der Planbeständigkeit zu erfolgen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung muss geprüft werden, ob das durch die wesentliche Änderung der Verhältnisse begründete öffentliche Interesse an einer Änderung des Plans die gegenläufigen (privaten oder öffentlichen) Erhaltungsinteressen überwiegt (Waldmann/Hänni, a.a.O., N. 18 zu Art. 21 RPG).

a) Wie ausgeführt (E. 4b) bildet das Alter des Nutzungsplans für die Interessenabwägung ein zentrales Kriterium. Massgebend für das Inkrafttreten eines Nutzungsplans ist dabei dessen Genehmigung (Art. 26 Abs. 3 RPG). Der QGP X wurde am 30. August 1993 von der Einwohnergemeinde Altdorf erlassen und am 11. April 1994 vom Regierungsrat des Kantons Uri genehmigt. Mit Genehmigung des Regierungsrates am 7. Oktober 1997, wurde der QGP X ein erstes Mal geändert. Diese Änderung hatte auf die Liegenschaft Y Altdorf jedoch keinen Einfluss. Die vorliegend angefochtene Änderung des QGP beschlägt nunmehr einzig das Grundstück Y Altdorf. Für dieses hat bislang immer der

QGP von 1993 gegolten. Seit dessen Genehmigung im Jahre 1994 sind, bis zum Entscheid der Vorinstanz im Jahre 2007, 13 Jahre vergangen. Damit ist die Frist von 15 Jahren, nach welcher Zonenpläne ungeachtet der Vorschrift von Art. 21 Abs. 2 RPG in der Regel zu überarbeiten sind (Art. 15 lit. b RPG), fast erreicht. Je näher eine Planrevision dieser Frist von 15 Jahren kommt, desto eher dürfen daher auch geänderte Anschauungen und Absichten der Planungsorgane als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden (BGE 1P.611/2001 vom 25.01.2002 E. 3.2). Gemäss Art. 120 Abs. 6 BZO Altdorf ist der Gemeinderat bereits nach Ablauf von 10 Jahren seit der Genehmigung berechtigt, QGPs zu überprüfen, wenn die Erstellung der Bauten noch nicht abgeschlossen ist. Das Alter des QGP X bildet demnach ein gewichtiges Argument für dessen Anpassung.

b) Weiter ist zu berücksichtigen, welchen Zielen die Planänderung dient und wie einschneidend sich die beabsichtigte Änderung auswirkt. Vorliegend dient die Planänderung dazu, den einst begründeten QGP in Übereinstimmung mit den jetzigen Marktbedürfnissen zu bringen und der Ortsentwicklung und Ortsplanung von Altdorf Rechnung zu tragen. Die beabsichtigte Änderung des QGP bringt keine schwerwiegenden Nachteile für die Anwohner mit sich. Statt vier dreigeschossige Wohn- und Geschäftsgebäude sollen nur noch drei viergeschossige Wohngebäude gebaut werden. Damit gestaltet sich die Anordnung der Wohngebäude anders und es werden die herrschenden Fluchten der übrigen im Perimeter des QGP stehenden Gebäude unterbrochen. Für einzelne Eigentümer und Eigentümerinnen dürfte damit die Aussicht beeinträchtigt werden. Dieser Umstand ist in der Interessenabwägung angemessen zu berücksichtigen. Weitere Beeinträchtigungen sind jedoch nicht absehbar und werden in der Beschwerdeschrift auch nicht geltend gemacht. Insgesamt bringt die beabsichtigte Änderung daher keine solchen Nachteile mit sich, welche das öffentliche Interesse an der Planänderung zu überwiegen vermöchten.

Nr. 33 Baurecht. Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV. Art. 17 BauG. Ausfahrt auf Kantonsstrasse. Art. 9 BV statuiert einen grundrechtlichen Anspruch der Privaten gegenüber dem Staat auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Im Zusammenhang mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes steht auch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden gegenüber den Privaten. Die Verwaltungsbehörden dürfen insbesondere einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund nicht wechseln. Widersprüchliches Verhalten der Verwaltungsbehörden verstösst gegen Treu und Glauben. Wenn die Privaten auf das ursprüngliche Verhalten der Behörden vertraut haben, stellt ein widersprüchliches Verhalten dieser Behörden auch eine Verletzung des Vertrauensschutzprinzips dar. Der Schutz der Privaten bei unrichtigen Auskünften der Behörden stellt einen praktisch besonders wichtigen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes dar. Eine Auskunft begründet schutzwürdiges Vertrauen allerdings nur, wenn sie vorbehaltlos erteilt worden ist. In concreto mangelte es an der Vorbehaltlosigkeit der Auskunft, die Ausfahrtsbewilligung zu erteilen, weil die Baudirektion Uri (zumindest) dem Sinn nach zum Ausdruck gebracht hat, dass sie sich noch nicht definitiv festlegen will bzw. kann. Die Berufung auf Treu und Glauben scheitert, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung besteht vor allem in der Wahrung der Verkehrssicherheit auf dem betroffenen Strassen- und Trottoirabschnitt. Die öffentlichen Interessen an der Verkehrs- und vor allem Fussgängersicherheit auf der Gotthardstrasse sind höher zu

gewichten als diejenigen des Beschwerdeführers. Die vom Beschwerdeführer beantragte Ausfahrtsbewilligung wurde zu Recht nicht erteilt.

Obergericht, 13. November 2009, OG V 08 46

Nr. 34 Baurecht. Art. 14a Abs. 2, Art. 21 Abs. 4 BauG. Art. 20 BZO Flüelen. Bauabstände zu öffentlichen Verkehrsflächen. Ausnahmbewilligungen sind nur zulässig, wenn wichtige Gründe bestehen, wenn es das öffentliche Interesse gestattet und wenn keine überwiegenden Interessen der Nachbarn verletzt werden. Der kommunalen Bestimmung betreffend Ausnahmbewilligung kommt keine selbstständige Bedeutung zu. Bei der Frage, ob eine Ausnahmesituation vorliegt, handelt es sich um eine Rechtsfrage. Das Obergericht ist daher befugt, zu prüfen, ob eine Ausnahmbewilligung erteilt werden kann. Wesen der Ausnahmbewilligung. In concreto waren keine Gründe ersichtlich, welche i.S.v. wichtigen Gründen eine Ausnahmbewilligung rechtfertigten.

Obergericht, 06. Februar 2009, OG V 08 56

Aus den Erwägungen:

6. a) Art. 21 Abs. 4 BauG regelt betreffend Bauabstände zu öffentlichen Verkehrsflächen und zu Gewässern die Zuständigkeit zur Erteilung von Ausnahmbewilligungen. Während der Kanton die Verfügungsmacht über die Kantonsstrassen und die öffentlichen Gewässer innehat, sind die Gemeinden für die übrigen öffentlichen Verkehrsflächen und die privaten Gewässer zuständig. Ob eine Ausnahme im konkreten Fall erteilt werden kann, richtet sich nach Art. 14a Abs. 2 BauG. Danach sind Ausnahmbewilligungen nur zulässig, wenn wichtige Gründe bestehen, wenn es das öffentliche Interesse gestattet und wenn keine überwiegenden Interessen der Nachbarn verletzt werden. Der kommunalen Bestimmung betreffend Ausnahmbewilligung (Art. 20 BZO Flüelen) kommt keine selbstständige Bedeutung zu (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 03.05.1996, OG V 10/96, E. 10 zu Art. 17 Abs. 1 BZO Altdorf). Ob eine Ausnahmesituation vorliegt, wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung vorwiegend als Rechtsfrage betrachtet, während die andere Frage, wie dieser Ausnahmesituation Rechnung zu tragen sei, überwiegend als Ermessensfrage taxiert wird (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 37 IV m.H. auf die Rechtsprechung einzelner Kantone) (vgl. Art. 57 Abs. 1 VRPV).

b) Vorliegend hat die Einwohnergemeinde Flüelen bei der Erteilung des Näherbaurechts zu Recht alleine auf Art. 21 Abs. 4 BauG abgestellt. Dabei hat sie sich gemäss Entscheid des Gemeinderats vom 3. April 2008 (E. 3) der Beurteilungskriterien "Strassenbreite", "verkehrstechnische Situation" und "Situation der Nachbarliegenschaften" bedient. Diese Kriterien wende die Einwohnergemeinde Flüelen in jahrelanger Praxis an. Die geprüften Punkte vermögen jedoch den Anforderungen von Art. 14a Abs. 2 BauG nicht zu genügen. Zwar werden das öffentliche Interesse und die Interessen der Nachbarn in gewisser Weise berücksichtigt. Jedoch hat die Einwohnergemeinde Flüelen nicht geprüft, ob wichtige Gründe für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung vorliegen, d.h., ob eine Ausnahmesituation die Abweichung von den gesetzlich festgelegten Bauabständen rechtfertigt.

Die Einwohnergemeinde Flüelen und die deren Entscheid bestätigende Vorinstanz haben somit bei der Erteilung des Näherbaurechts, resp. bei deren Überprüfung, einen Rechtssatz nicht (vollständig) angewendet und daher eine Rechtsverletzung begangen (Art.

57 Abs. 1 VRPV). Wie ausgeführt (E. 6a), handelt es sich bei der Frage, ob eine Ausnahmesituation vorliegt, um eine Rechtsfrage. Das Obergericht ist daher befugt, zu prüfen, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

7. a) Die Ausnahmegewilligung bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtlich ungewollte Wirkungen zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Die Ausnahmegewilligung darf dagegen nicht eingesetzt werden, um generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen, weil auf diesem Wege das Gesetz selber abgeändert würde (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 13.07.2006, OG V 06 4, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2006 und 2007, Nr. 37 S. 128 E. 7b). Nur wenn Umstände vorliegen, welche einen wirklichen Sonderfall darstellen, darf von den Bauvorschriften abgewichen werden. Auf jeden Fall muss die Sonderbewilligung dem Gesetz oder mindestens den von diesem verfolgten Zielen dienen: Die Ausnahmegewilligung muss ermöglichen, eine Lösung anzunehmen, welche die vermutete Absicht des Gesetzgebers, wenn er mit dem Einzelfall konfrontiert gewesen wäre, zum Ausdruck bringt (Pra 87 Nr. 35 E. 4a). Wie es das Gesetz in Art. 14a Abs. 2 BauG zudem verlangt, soll das öffentliche Interesse eine Ausnahmegewilligung gestatten und es dürfen keine überwiegenden nachbarlichen Interessen verletzt werden.

b) Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche i.S.v. wichtigen Gründen eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden. Die Beschwerdegegnerin macht lediglich geltend, es gehe darum, dass die Liegenschaft X Flüelen mit einem architektonisch anspruchsvollen Projekt überbaut werden könne. Die erwähnte Parzelle könne im Rahmen der geltenden Bauordnung durchaus mit einem nicht gegliederten Bauklotz überbaut werden. Dies wäre einerseits billiger und würde andererseits eine sichere Rendite abwerfen. Wie der Beschwerdeführer geltend macht, sind wirtschaftliche Gründe wahrscheinlich, welche die Beschwerdegegnerin zum Gesuch um ein Näherbaurecht veranlasst haben. Durch die Unterschreitung des Strassenabstandes kann erreicht werden, dass ein Geschoss mehr gebaut werden darf, was sich auf die Rendite der Mehrfamilienhäuser auswirkt. Rein wirtschaftliche Gründe die Absicht, die beste architektonische Lösung zu erreichen, oder eine optimale Nutzung des Grundstücks alleine genügen nicht für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung (Pra 87 Nr. 35 E. 4a). Dagegen können ästhetische Verbesserungen von Projekten, namentlich im Zusammenhang mit Umbaugesuchen, einen wichtigen Grund ausmachen. Es ist jedoch besondere Zurückhaltung geboten, wenn die ästhetische Verbesserung gleichzeitig eine grössere Ausnützung des Bodens zur Folge hat, denn Art und Mass der reglementarischen Nutzung sollen aus ästhetischen Gründen grundsätzlich weder eingeschränkt noch ausgedehnt werden (BVR 1992 S. 315). Die Ausnahmesituation muss mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen (Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar, Band I, 3. Aufl., Bern 2007, N. 4 zu Art. 26/27). Zwar befindet sich die zur Überbauung vorgesehene Liegenschaft X Flüelen in Hanglage. Es sind jedoch keine derartigen Besonderheiten feststellbar, welche die Unterschreitung des Strassenabstandes zwingend erforderten. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz resp. die Einwohnergemeinde Flüelen bringen diesbezügliche Argumente vor. Ein sehr grosser Teil der Bauzone der Einwohnergemeinde Flüelen wie auch der Bauzone in anderen Gemeinden des Kantons Uri befindet sich in Hanglage. Das kantonale Baugesetz enthält keine Sondervorschriften für Bauten in Hanglagen, ebenso wenig die BZO Flüelen. Hanglagen können keinen ausreichenden wichtigen Grund darstellen, solange ein Baugrundstück im Rahmen der massgebenden Bau- und Zonenvorschriften noch einigermaßen zweckmässig überbaut werden kann. Ansonsten könnte sich jeder Eigentümer eines solchen Hanggrundstückes mit dem gleichen Recht darauf berufen, wodurch in der Wirkung die Regel des Gesetzes abgeändert würde (Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn [GER] 1997, Nr. 5 E. 2.2.2). Vorliegend erscheint es zumutbar, das Bauvorhaben allenfalls mit einem Geschoss weniger zu realisieren. Es sind bei der bestehenden Aktenlage keine wichtigen Gründe für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung

ersichtlich. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Prüfung weiterer Rügen.

D Aufsicht über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte

Nr. 35 Ausstand von Richtern. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Art. 30 Abs. 1 BV. Strafanzeigen einer Partei gegen Richter. Allein der Umstand, dass gegen einen Richter eine Strafanzeige erhoben wird, vermag dessen Ausstand nicht zu rechtfertigen. Es bestünde die Gefahr des Rechtsmissbrauchs und der Möglichkeit, dass die Partei bzw. ihr Rechtsvertreter mit einem derartigen Vorgehen in verfassungswidriger Weise und aus sachfremden Gründen ihren Richter gewissermassen auswählen könnte. Von wesentlicher Bedeutung ist die Reaktion der betroffenen Richterinnen und Richter im Zusammenhang mit einer Strafanzeige. Bestehen objektive Anzeichen dafür, dass den von Strafanzeigen Betroffenen die notwendige Unabhängigkeit fehlt - etwa aufgrund einer unverhältnismässigen Reaktion, durch Gegenangriffe oder durch die Herabsetzung der Partei - wird eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit zu bejahen sein, unbesehen des Umstandes, ob die Ursachen mehr oder weniger bewusst durch eine Partei (oder deren Rechtsvertreter) gesetzt worden sind.

Obergericht, 3. Dezember 2008, OG AK 08 3

Aus den Erwägungen:

4. a) Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt (BGE 131 I 116 E. 3.4). Befangenheit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken (vgl. dazu Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 58 ff.). Solche Umstände können entweder in organisatorisch-institutionellen Gründen (z.B. Personalunion zwischen untersuchendem und urteilendem Richter), in objektiven Gründen, die einen Richter im Einzelfall als befangen erscheinen lassen (z.B. Stellungnahme zum Prozessausgang vor Abschluss des Beweisverfahrens) oder in (tatsächlich nachweisbaren) subjektiven Befangenheitsgründen (z.B. Freundschafts- oder Feindschaftsverhältnis zu einer Partei [BGE 92 I 271 f.]) liegen (Entscheide Obergericht des Kantons Uri vom 18.09.2002, OG Z 01 3, E. 1b und vom 09.11.2000, OG AK 00 15, E. 3a; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 577 f.). Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Voreingenommenheit des Richters muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 1P.711/2004 vom 17.03.2005, E. 3.1).

b) Für den Ausstand wird indessen nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Unabhängigkeit ist zuerst ein innerer Zustand, der eine von falscher Rücksichtnahme freie Einstellung zur Sache oder die Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten ausdrückt (BGE 112 Ia 293 E. 3a). Was eine Richterin oder ein Richter im Innersten dachte oder fühlte, wird indessen niemals zu beweisen sein; entsprechende Vorgänge sind den Betroffenen u.U. selber auch gar nicht bewusst. Ob die von Verfassung und Menschenrechtsgarantien verlangte Offenheit gegeben, die richterliche Unabhängigkeit intakt oder aber beeinträchtigt ist, kann deshalb letztlich immer nur vermutet werden, förmlich beweisen lässt sich nichts. Aus diesem Grund stellt das Bundesgericht an den Nachweis

fehlender Unabhängigkeit denn auch keine allzu strengen Anforderungen (BGE 113 Ia 409; Regina Kiener, a.a.O., S. 69). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, welche bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit erwecken. Angesichts der Bedeutung der Garantie des verfassungsmässigen Richters lässt sich eine restriktive Auslegung nicht rechtfertigen.

5. Es ist nicht auszuschliessen, dass Angriffe einer Partei oder eines Rechtsvertreters, namentlich Provokationen, heftige Kritik an Richterpersonen oder Verfahren, die Einreichung von Klagen, Aufsichts- oder Strafanzeigen die richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit beeinträchtigen könnten. Ob dies auch tatsächlich der Fall ist, hängt wesentlich von den konkreten Verhältnissen ab, etwa vom Stand des Verfahrens und von der Art und Weise der Verteidigung und Verfahrensführung (BGE 1P.514/2002 vom 13.02.2003, E. 2.5; vgl. auch Regina Kiener, a.a.O., S. 104). Der Ausstand im Einzelfall steht indessen in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter und muss deshalb die Ausnahme bleiben, damit die regelhafte Zuständigkeitsordnung für die Gerichte nicht illusorisch und die Garantie des verfassungsmässigen Richters nicht von dieser Seite her ausgehöhlt werden. Die persönliche Unbefangenheit des gesetzlichen Richters wird im Grundsatz vermutet; von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17.03.2005, E. 3.1). Der vom Volk gewählte Richter hat seine Aufgaben auch gegenüber Parteien zu erfüllen, welche es darauf anlegen, den Prozess zu sabotieren, und dabei womöglich noch den Richter als Angehörigen der Justiz attackieren oder verunglimpfen. Der Staat hat nicht nur die Aufgabe, zur gerichtlichen Streitentscheidung die erforderlichen Organe zur Verfügung zu stellen, sondern diesen auch zu ermöglichen - letztlich zum Wohle beider Parteien - die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen (SJZ 1990 S. 299).

6. a) Allein der Umstand, dass gegen einen Richter eine Strafanzeige erhoben wird, vermag dessen Ausstand nicht zu rechtfertigen. Es bestünde die Gefahr des Rechtsmissbrauchs und der Möglichkeit, dass der Beschuldigte bzw. sein Rechtsvertreter mit einem derartigen Vorgehen in verfassungswidriger Weise und aus sachfremden Gründen seinen Richter gewissermassen auswählen könnte (BGE 1P.514/2002 vom 13.02.2003, E. 2.5; AGVE 2003 S. 55).

b) Allerdings ist auch festzuhalten, dass die Reaktion der betroffenen Richterinnen und Richter im Zusammenhang mit einer Strafanzeige von wesentlicher Bedeutung ist. Bestehen objektive Anzeichen dafür, dass den von Strafanzeigen Betroffenen die notwendige Unabhängigkeit fehlt - etwa aufgrund einer unverhältnismässigen Reaktion, durch Gegenangriffe oder durch die Herabsetzung der Partei - wird eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit zu bejahen sein, unbeschrieben des Umstandes, ob die Ursachen mehr oder weniger bewusst durch eine Partei (oder deren Rechtsvertreter) gesetzt worden sind (Regina Kiener, a.a.O., S. 104 f.). So verhält es sich beispielsweise, wenn ein Richter als Folge einer Strafanzeige erklärt, sich nicht mehr unbefangen zu fühlen oder selbst Strafanzeige gegen eine Partei bzw. Strafanzeige oder Aufsichtsbeschwerde gegen ihren Rechtsvertreter erhebt. Dann wird man nicht mehr darum herum kommen, den Anschein von Befangenheit zu bejahen (AGVE 2003 S. 55).

7. a) Im vorliegenden Fall hat der Angezeigte gegen die ordentlichen Mitglieder der Strafrechtlichen Abteilung des Obergerichtes des Kantons Uri Strafanzeige wegen Amtsmissbrauch und Amtsgeheimnisverletzung eingereicht. Der Angezeigte behauptet, beim Entscheid vom 21. April 2008 handle es sich um einen Willkürentscheid und die Richter würden seinen Aussagen a priori keinen Glauben schenken. Gegen diesen Entscheid hat der Angezeigte kein Rechtsmittel eingelegt. Der Angezeigte war im damaligen Strafverfahren als Zivilkläger involviert. Das Obergericht befand im erwähnten Entscheid, dass die Beweise nicht genühten, um die Schuld des Angeklagten zu belegen. Auf Antrag des Angeklagten und um die Glaubwürdigkeit der Aussagen des Zivilklägers beurteilen zu können, holte das

Obergericht einen Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister betreffend den Zivilkläger ein und nahm diesen zu den Akten.

b) Strafanzeigen, die Grundlage eines Ablehnungsgesuches bilden, werden in der Praxis häufig vorfrageweise auf Begründetheit überprüft (Regina Kiener, a.a.O., FN 198; SJZ 1990 S. 299). Vorliegend verfügte der a.o. Verhörer des Kantons Uri am 8. Oktober 2008, dass betreffend Amtsmissbrauch und Verletzung des Amtsgeheimnisses keine Strafuntersuchung eröffnet werde. In seiner Begründung hielt er fest, dass die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts Uri befugt gewesen war, im Rahmen des genannten Strafverfahrens den inkriminierten Strafregisterauszug betreffend den Angezeigten zur Beurteilung von dessen Glaubwürdigkeit direkt anzufordern und an die akteneinsichtsberechtigten Verfahrensparteien auszuhändigen. Ein i.S. der Strafbestimmungen von Art. 312 StGB (Amtsmissbrauch) und Art. 320 StGB (Verletzung des Amtsgeheimnisses) tatbestandsmässiges Verhalten sei damit nicht auszumachen. Das zur Anzeige gebrachte Verhalten sei mithin nicht mit Strafe bedroht, so dass kein Grund für eine Untersuchung vorliege. Der Anzeige sei deshalb keine Folge zu geben. Die vom Angezeigten eingereichte Strafanzeige war somit unbegründet und zeitigte keine weiteren Auswirkungen.

c) Die durch den Angezeigten eingereichte Strafanzeige vermag die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter und des Obergerichtsschreibers nicht zu beeinträchtigen. Insbesondere sind seitens der Richterinnen und Richter und seitens des Obergerichtsschreibers keine Reaktionen auf die Erhebung der Strafanzeige erfolgt. Die abgelehnten Personen haben ihrerseits keine Strafanzeige erstattet und auch kein Verfahren bei der Aufsichtsbehörde eingeleitet. Auch hat niemand der vom Ausstandsbegehren Betroffenen erklärt, sie oder er fühle sich aufgrund der Strafanzeige gegenüber dem im vorliegenden Verfahren Angezeigten befangen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass erfahrungsgemäss die Toleranzgrenze gegenüber Anschuldigungen seitens von Prozessparteien bei Justizbeamten höher zu liegen pflegt, als dies bei einem Privaten der Fall wäre; man kann in dieser Hinsicht durchaus von einer gewissen berufsbedingten Immunisierung ausgehen (SJZ 1982 S. 205).

Nr. 36 Ausstand von Richtern. Art. 5, Art. 7 lit. d AusG. Ausstand des Verhörers. Die Befangenheit kann in organisatorisch-institutionellen Gründen liegen. Das Obergericht übt die Fachaufsicht über die richterlichen Behörden und die Gerichtsschreiber aus. Die Aufsichtskommission übt für das Obergericht die Fachaufsicht aus. Die Personen, gegen die sich die Strafanzeige richtet, gehören dem Obergericht an. Der angezeigte Präsident des Obergerichtes amtiert zudem als Präsident der Aufsichtskommission. Aufgrund der Strafanzeige müsste der Verhörer Untersuchungshandlungen gegenüber Mitgliedern des Obergerichtes und damit seiner Fachaufsichtsbehörde vornehmen. Bejahung der Ausstandspflicht des Verhörers.

Obergericht, 11. Juli 2008, OG AK 08 13

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- die Befangenheit in organisatorisch-institutionellen Gründen (z.B. Personalunion zwischen untersuchendem und urteilendem Richter), in objektiven Gründen, die einen Richter im Einzelfall als befangen erscheinen lassen (z.B. Stellungnahme zum Prozessausgang vor Abschluss des Beweisverfahrens) oder in (tatsächlich nachweisbaren) subjektiven Befangenheitsgründen (z.B. Freundschafts- oder Feindschaftsverhältnis zu einer Partei [BGE 92 I 271 f.]) liegen kann (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 09.11.2000, OG AK 00 15, E. 3a; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 577 f.);

- das Obergericht die Fachaufsicht über die richterlichen Behörden und die Gerichtsschreiber ausübt (Art. 55 Abs. 1 Satz 1 GOG); die beanzeigten Personen dem Obergericht angehören; die Aufsichtskommission für das Obergericht die Fachaufsicht über die richterlichen Behörden und die Gerichtsschreiber ausübt (Art. 57 Abs. 4 GOG); der angezeigte Präsident des Obergerichtes, Rolf Dittli, zudem als Präsident der Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte amtiert;

- der Verhörer I aufgrund der Strafanzeige gegenüber Mitgliedern des Obergerichtes, welchem die Fachaufsicht obliegt, Untersuchungshandlungen vornehmen müsste; der Verhörer sich nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen möchte; der Richter sich zwar nicht leichthin unbequemer Verfahren entledigen darf, indem er selber in den Ausstand tritt (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 18.09.2002, OG Z 01 3, E. 1c);

- vorliegend aufgrund der objektiven Umstände, dass die Beanzeigten Mitglieder der Behörde sind, der die Fachaufsicht über den Verhörer zukommt, eine Voreingenommenheit nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann; der Verhörer diesen Umstand denn auch zur Begründung des Ausstandsgesuches anführt;

- Gesagtes erhellt, dass der Verhörer I betreffend die Strafanzeige gegen Mitglieder des Obergerichtes (Strafrechtliche Abteilung) ausstandspflichtig ist; die Ausstandspflicht festzustellen ist; ...

E Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Nr. 37 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 17 Abs. 1, Art. 93 SchKG. 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. Die kantonale Aufsichtsbehörde besitzt dabei immer die gleiche Ermessensfreiheit wie das handelnde Vollstreckungsorgan. Wenn Ermessensfragen zur Beurteilung stehen, übt die Aufsichtsbehörde eine "Ermessenskontrolle" aus und setzt dabei ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Vollstreckungsorgans. Zur Zeit des Pfändungsvollzugs bestehende Schulden spielen bei der Berechnung des Existenzminimums keine Rolle. Zur Zeit des Pfändungsvollzuges bereits bestehende Schulden dürfen bei der Berechnung des Existenzminimums keinesfalls berücksichtigt werden. Damit wird vermieden, dass nicht betreibende Gläubiger zulasten der Betreibenden begünstigt werden.

Obergericht, 10. Juni 2009, OG SK 09 2

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- vorliegend die Verfügung der Vorinstanz (Pfändungsurkunde) vom 1. April 2009 angefochten ist, die Beschwerdeführerin sinngemäss Gesetzesverletzung und/oder Unangemessenheit rügt, sie im vorliegenden Betreibungsverfahren Schuldnerin ist, die angefochtene Verfügung in ihre Rechtsstellung eingreift, sie dadurch beschwert ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat, sie zur Beschwerde legitimiert ist (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 6 N. 23 ff.), auf die Beschwerde demnach einzutreten ist;

- die Beschwerdeführerin den Pfändungsvollzug bemängelt und im Hauptpunkt verlangt, dass ihre Zahlungen an den Gläubiger in Deutschland bei der Existenzminimumberechnung durch die Vorinstanz mitzubersichtigen seien;

- der Betreibungsbeamte das gesetzlich garantierte Existenzminimum in jedem Einzelfall nach seinem Ermessen festzusetzen hat (Amonn/Walther, a.a.O., § 23 N. 61);

- Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz sowie der kantonalen Aufsichtsbehörden ihm dabei behilflich sein mögen, ihn aber nicht von der Pflicht zu selbstständiger Entscheidung entbinden, sofern kein Ermessensmissbrauch vorliegt, sein Entscheid nur wegen Unangemessenheit angefochten werden kann (Amonn/Walther, a.a.O., § 23 N. 61);

- unangemessen eine Verfügung ist, wenn sie den gegebenen Verhältnissen nicht angemessen ist, Ermessen bei der Beurteilung der beschränkten Pfändbarkeit, insbesondere der Bemessung des unpfändbaren Notbedarfs (Art. 93 SchKG) waltet, die kantonale Aufsichtsbehörde dabei immer die gleiche Ermessensfreiheit wie das handelnde Vollstreckungsorgan besitzt, sie, wenn Ermessensfragen zur Beurteilung stehen, "Ermessenskontrolle" ausübt und dabei ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Vollstreckungsorgans setzt (BGE 100 III 18; Amonn/Walther, a.a.O., § 6 N. 17);

- zur Zeit des Pfändungsvollzugs bestehende Schulden bei der Berechnung des Existenzminimums keine Rolle spielen (BGE 7B.87/2005 vom 28.07.2005 E. 2.2), zur Zeit des Pfändungsvollzugs bereits bestehende Schulden bei der Berechnung des Existenzminimums keinesfalls berücksichtigt werden dürfen, damit vermieden wird, dass nichtbetreibende Gläubiger zulasten der betreibenden begünstigt werden (Georges Vonder Mühl, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 33 zu Art. 93; Amonn/Walther, a.a.O., § 23 N. 64);

- gemäss den von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Beweisunterlagen, Anlage 12 und 15, ersichtlich ist, dass die aus Deutschland stammende Schuld schon seit Langem besteht (s. Vollstreckungsbescheid Amtsgericht Stuttgart vom 19.08.1998 bzw. 21.04.1999 und 18.05.2001, Teilzahlungsvergleich vom 05.07.2007), mithin, was vorliegend ausschlaggebend ist, die Schuld bereits im Zeitpunkt des (vorliegend interessierenden) Pfändungsvollzuges vom 9. bzw. 27. Februar 2009 bestand, diese Forderung zwar betrieben (s. Anlagen 13 und 14) aber unbestrittenermassen nicht fortgesetzt wurde (vgl. Art. 88 SchKG);

Nr. 38 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 132 SchKG. Art. 8 ff. VVAG. Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen. Gesuch des Betreibungsamtes an die Aufsichtsbehörde um Bestimmung des Verwertungsverfahrens. Die Aufsichtsbehörde kann anordnen, dass die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden (materiellrechtlichen) Regeln herbeigeführt werden soll. Die Aufsichtsbehörde verfügt unter möglicher Berücksichtigung der Anträge der Beteiligten, ob das gepfändete Anteilsrecht als solches versteigert wird oder ob die Auflösung der Gemeinschaft und Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeigeführt werden soll. In Bezug auf GmbH-Anteile wird eine analoge Anwendung der VVAG befürwortet. Die Gläubigerin beantragt die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens. Der Gesuchsteller wird demnach angewiesen, die GmbH aufzulösen und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den Regeln der GmbH herbeizuführen.

Obergericht, 02. Oktober 2008, OG SK 08 2

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- am 26. Februar 2008 die Einwohnergemeinde Erstfeld (Gläubigerin) gegen X (Schuldner), das Betreibungsbegehren in der Betreibung Nr. 20800306 BA Erstfeld stellte, der Zahlungsbefehl am 27. Februar 2008 dem Schuldner zugestellt wurde;

- am 24. April 2008 der Pfändungsvollzug erfolgte, danach der Schuldner an pfändbaren Aktiven nur seinen Anteil an der Y, aufweist;

- am 23. Juni 2008 die Gläubigerin das Verwertungsbegehren in der Betreibung Nr. 20800306 BA Erstfeld stellte;

- für die Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen Art. 8 ff. Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG, SR 281.41) Anwendung finden;

- das BA Erstfeld am 1. Juli 2008 mit den Verfahrensbeteiligten eine Einigungsverhandlung i.S.v. Art. 9 VVAG durchführte, welche ohne Einigung endete;

- die Gläubigerin mit Schreiben vom 4. September 2008 an das BA Erstfeld beantragte, dass die Gesellschaft aufzulösen und das Gemeinschaftsvermögen nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften zu liquidieren sei;

- das BA Erstfeld am 4. September 2008 gestützt auf Art. 132 Abs. 1 SchKG bei der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs ein Gesuch einreichte, wonach die Aufsichtsbehörde in der Betreuung Nr. 20800306 das Verwertungsverfahren zu bestimmen habe;

- dem Schuldner am 19. September 2008 von der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit eingeräumt wurde, innert 5 Tagen zum Antrag der Gläubigerin vom 4. September 2008 Stellung zu nehmen;

- die eingeräumte Frist unbenutzt ablief;

- die Aufsichtsbehörde anordnen kann, dass die Auflösung der Gemeinschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden (materiellrechtlichen) Regeln herbeigeführt werden soll (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, 8. Aufl., § 27 N. 67);

- gemäss Art. 10 Abs. 2 VVAG die Aufsichtsbehörde unter möglicher Berücksichtigung der Anträge der Beteiligten verfügt, ob das gepfändete Anteilsrecht als solches versteigert wird oder ob die Auflösung der Gemeinschaft und Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeigeführt werden soll;

- in Bezug auf GmbH Anteile eine analoge Anwendung der VVAG befürwortet wird (Magdalena Rutz, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 2 zu Art. 132);

- die Gläubigerin die Auflösung der Gesellschaft und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens beantragt;

- der Gesuchsteller demnach angewiesen wird, die Y, aufzulösen und die Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den Regeln der GmbH herbeizuführen; ...

Nr. 39 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 271 SchKG. Verarrestierung von Bankguthaben. Bei der Arrestierung von Bankguthaben sind von vorne herein nur Forderungen des Arrestschuldners gegenüber der Bank, also Kontoguthaben verarrestierbar. Eine dem Arrestschuldner allenfalls gegenüber dem Käufer aus dem Verkauf seines Hauses zustehende Kaufpreiszahlung stellt keine Forderung gegenüber der Bank, sondern eine Forderung gegenüber dem Käufer dar. Eine solche Forderung hätte beim Käufer des Hauses verarrestiert werden müssen. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Verarrestierung von Bankguthaben der Geldfluss von entscheidender Bedeutung ist. Einzig auf dem entsprechenden Konto sich befindliche Gelder

können arrestiert werden. In concreto befand sich zum Zeitpunkt des Arrestvollzuges die Kaufpreissumme aus dem Verkauf des Hauses noch nicht auf dem verarrestierten Konto. Zukünftige Forderungen sowie solche, deren Entstehung in der nahen Zukunft voraussehbar ist, bestehen rechtlich gesehen noch nicht, weshalb für diese kein Arrest gelegt werden kann. Dies ist etwa bei einer Prozesskostenentschädigung, wenn der Prozess noch rechtshängig ist oder bei zukünftigen Unterhaltsbeiträgen der Fall.

Obergericht, 29. Oktober 2008, OG SK 07 2

Aus den Erwägungen:

in Erwägung, dass

- ...

- der Vollzug des Arrestes am 1. Mai 2006 morgens etwa um 08.39 Uhr erfolgte (Zeitangabe auf der Anzeige vom 01.05.2006 von der Arrestierung einer Forderung), gemäss Saldomeldung der Beschwerdeführerin vom 22. August 2006 an die Vorinstanz zugunsten der Beschwerdeführerin auf drei auf den Beschwerdegegner lautenden Konten, darunter das Privatkonto Nr. 0020-102173-00-2, Soll-Saldi von insgesamt Fr. 557'579.05 bestanden, auf einem Kontokorrentkonto zugunsten des Beschwerdegegners ein Saldo von Fr. 226.65 bestand;

- erstellt ist, dass mit Wert 2. Mai 2006 von der X Fr. 471'000.-- auf das Konto Nr. 0020-102173-00-2 bei der Beschwerdeführerin lautend auf den Beschwerdegegner überwiesen wurden; sich aus der öffentlichen Urkunde über den Grundstück-Kaufvertrag vom 13. April 2006 ergibt, dass der Kaufpreis am 1. Mai 2006 auf das Konto der Beschwerdeführerin zu überweisen ist, die Valutierung dieser Gutschrift jedoch nicht bestimmt wurde; sich den dem Obergericht vorliegenden Akten keine Hinweise entnehmen lassen, dass der Valutawert zu einer Umgehung des von der Beteiligten beabsichtigten Arrestes gewählt worden wäre, für die Beteiligte auch die Möglichkeit bestand, die Forderung des Arrestschuldners aus dem Verkauf des Hauses beim Käufer des Hauses zu arrestieren (vgl. nachfolgend);

- zum Zeitpunkt des Arrestvollzuges sich diese Summe noch nicht auf dem Konto Nr. 0020-102173-00-2 des Beschwerdegegners bei der Beschwerdeführerin befand;

- zukünftige Forderungen sowie solche, deren Entstehung in der nahen Zukunft voraussehbar ist, rechtlich gesehen noch nicht bestehen, weshalb für diese kein Arrest gelegt werden kann, dies etwa bei einer Prozesskostenentschädigung, wenn der Prozess noch rechtshängig ist, oder bei zukünftigen Unterhaltsbeiträgen der Fall ist (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 51 N. 6a; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. Aufl., Zürich 1997/99, Art. 271 N. 14);

- bei der Arrestierung von Bankguthaben von vorneherein nur Forderungen des Arrestschuldners gegenüber der Bank, also Kontoguthaben verarrestierbar sind, eine dem Arrestschuldner allenfalls gegenüber dem Käufer aus dem Verkauf eines Hauses zustehende Kaufpreiszahlung keine Forderung gegenüber der Bank, sondern eine Forderung gegenüber dem Käufer darstellt, eine solche Forderung beim Käufer des Hauses hätte verarrestiert werden müssen;

- es in der Natur der Sache liegt, dass bei der Verarrestierung von Bankguthaben der Geldfluss von entscheidender Bedeutung ist, einzig auf dem entsprechenden Konto sich befindliche Gelder arrestiert werden können;

- soweit die Vorinstanz unter Berufung auf (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O.) vorbringt, dass der Anteil an einer bereits angefallenen Erbschaft arretiert werden könne, auch wenn der auf den Schuldner entfallende Erbteil noch nicht bestimmt sei, anzumerken ist, dass vorliegend nicht zu prüfen ist, wie es sich mit der Arrestierbarkeit eines Anteils an einer bereits angefallenen Erbschaft verhält, vielmehr Fragen der Arrestierung von Bankguthaben zu prüfen sind; anzumerken bleibt, dass bei der Arrestierung eines Anteils an einer bereits angefallenen Erbschaft die Erbenqualität des Arrestschuldners feststehen muss, der Schuldner einen Erbteil erhält, einzig dessen Höhe noch nicht bestimmt ist, vorliegend vor der Gutschrift des Geldes aus dem Grundstückkauf auf dem in Frage stehenden Bankkonto aber nicht einmal feststand, ob das Geld bei angenommener Leistung des Kaufpreises wirklich auf das hier interessierende Konto überwiesen wird oder ob es aus irgendwelchen Gründen einen anderen Weg nimmt;

- Gesagtes erhellt, dass in Gutheissung der Beschwerde die angefochtenen Verfügung vom 4. Januar 2006 und die Verarrestierung vom 1. Mai 2006 aufzuheben sind;