



# **Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden**

## **2012 und 2013**



**Kanton  
Obwalden**



# DAS OBERGERICHT DES KANTONS OBWALDEN AN DEN KANTONSRAT

Sehr geehrter Herr Präsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir legen Ihnen den Amtsbericht über die Rechtspflege (AbR) vor, der die beiden Kalenderjahre 2012 und 2013 umfasst.

Im Anhang des Berichtes finden sich Auszüge aus Entscheiden des Obergerichtes sowie das Register zu den in diesem Amtsbericht veröffentlichten Entscheiden.

Auszüge aus den Entscheiden des Verwaltungsgerichts werden in der Reihe "Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden" (VVGE) veröffentlicht. Band XX, umfassend die Jahre 2011, 2012 und 2013, erscheint ebenfalls im Herbst.

Sowohl die Auszüge aus den Entscheiden des Obergerichtes (AbR) als auch jene aus den Entscheiden des Verwaltungsgerichts (VVGE) werden auch im Internet veröffentlicht ([www.obwalden.ch](http://www.obwalden.ch), Direktzugriff "Rechtsprechung"), ergänzt durch ein aktuelles elektronisches Gesamtregister für alle bisherigen Bände.

Wir beantragen Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, auf unseren Bericht einzutreten und ihn zu genehmigen.

Sarnen, im Oktober 2014

Der Obergerichtspräsident I:

Dr.iur. Andreas Jenny

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw Andrea Bögli

# INHALT

## **A. BERICHTENDER TEIL**

|                       | <u>Seite</u> |
|-----------------------|--------------|
| 1. Obergericht        | 8            |
| 2. Kantonsgericht     | 10           |
| 3. Staatsanwaltschaft | 12           |
| 4. Verwaltungsgericht | 13           |

## **B. STATISTISCHER TEIL**

|   |    |
|---|----|
| 1. Zivilrechtspflege  |    |
| 1.1 Schlichtungsbehörde   | 14 |
| 1.1.1 Allgemeine Abteilung  | 14 |
| 1.1.2 Abteilung Miete und Pacht   | 14 |
| 1.1.3 Abteilung Gleichstellungsgesetz/Kollektivstreitigkeiten/<br>Betreuungsverhältnisse          | 15 |
| 1.2 Amtstätigkeiten der Kantonsgerichtspräsidien I und III  | 15 |
| 1.2.1 Kantonsgerichtspräsident I als Einzelrichter (Präsidialfälle)                               | 15 |
| 1.2.2 Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin<br>(Präsidialfälle)                      | 16 |
| 1.2.3 Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin in<br>Streitigkeiten aus Miete und Pacht | 17 |
| 1.2.4 Kantonsgericht unter dem Vorsitz der Kantonsgerichts-<br>präsidien I und III                | 17 |
| 1.2.5 Ehescheidungen  | 18 |
| 1.2.6 Fürsorgerische Unterbringung (Vorsitz KGP III)  | 19 |
| 1.3 Amtstätigkeiten des Kantonsgerichtspräsidenten II   | 19 |
| 1.3.1 als Einzelrichter in Zivilstreitigkeiten (Streitwert<br>unter Fr. 30'000.--)                | 19 |
| 1.3.2 als Einzelrichter in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten<br>(Streitwert bis Fr. 30'000.--)  | 19 |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1.3.3 | als Einzelrichter in Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern sowie wegen unlauteren Wettbewerbs             | 20 |
| 1.3.4 | Kantonsgericht unter dem Vorsitz des Kantonsgerichtspräsidenten II in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten (Streitwert über Fr. 30'000.--) | 20 |
| 1.4   | Obergericht   | 21 |
| 2.    | Strafrechtspflege   |    |
| 2.1   | Jugendanwaltschaft  | 23 |
| 2.2   | Jugendgericht   | 23 |
| 2.3   | Staatsanwaltschaft  | 23 |
| 2.4   | Kantonsgerichtspräsident II als Einzelrichter in Straffällen  | 24 |
| 2.5   | Kantonsgericht  | 24 |
| 2.6   | Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin  | 25 |
| 2.6.1 | als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Erwachsenenstrafverfahren  | 25 |
| 2.6.2 | als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Jugendstrafverfahren   | 25 |
| 2.6.3 | als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht   | 25 |
| 2.6.4 | als Einzelrichterin betreffend fürsorgliche Freiheitsentziehung   | 26 |
| 2.7   | Obergericht   | 26 |
| 3.    | Verwaltungsrechtspflege   |    |
| 3.1   | Verwaltungsgericht  | 28 |
| 3.1.1 | Unfallversicherung, Krankenversicherung, Militärversicherung, berufliche Vorsorge   | 28 |
| 3.1.2 | AHV, IV, EL, EO, Familienzulagen, Prämienverbilligung   | 29 |

|       | <u>Seite</u>  |    |
|-------|---|----|
| 3.1.3 | Arbeitslosenversicherung  | 30 |
| 3.1.4 | Übriges Verwaltungsrecht  | 30 |
| 3.2   | Schiedsgericht  | 31 |
| 4.    | Schuldbetreibungs- und Konkursrechtspflege  |    |
| 4.1   | Betreibungsamt-Statistik  | 32 |
| 4.2   | Konkursamt-Statistik  | 33 |
| 4.3   | Obergericht   | 34 |
| 4.4   | Kantonsgerichtspräsident II   | 35 |
| 4.4.1 | Entscheide über Rechtsöffnungen   | 35 |
| 4.4.2 | Entscheide über Beseitigung des Rechtsvorschlages in Wechselbetreibungen                      | 35 |
| 4.4.3 | Entscheide über Beseitigung des Rechtsvorschlages mangels neuen Vermögens                     | 35 |
| 4.4.4 | Entscheide betreffend ausgeschlagene Verlassenschaft und amtliche Liquidation einer Erbschaft | 35 |
| 4.4.5 | andere  | 35 |
| 4.4.6 | Entscheide als Konkursrichter   | 36 |
| 4.4.7 | Arrestbefehle   | 36 |

### ***C. BEMERKUNGEN ZUM GANG DER RECHTSPFLEGE***

|    |   |    |
|----|---|----|
| 1. | Allgemeines                               | 37 |
| 2. | Schlichtungsbehörde                       | 39 |
| 3. | Betreibungs- und Konkursamt               | 39 |
| 4. | Staatsanwaltschaft                        | 40 |
| 5. | Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte | 41 |
| 6. | Jugendstrafrechtspflege                   | 41 |
| 7. | Kantonsgericht                            | 42 |
| 8. | Obergericht und Verwaltungsgericht        | 43 |

## ***D. AUSZÜGE AUS GERICHTSENTSCHEIDEN***

|                     | <u>Seite</u> |
|---------------------|--------------|
| 1. Inhaltsübersicht | 45           |
| 2. Auszüge          | 46           |
| 3. Sachregister     | 196          |

## **A. BERICHTENDER TEIL**

### 1. OBERGERICHT

Zu Beginn der Berichtsperiode 2012/2013 setzte sich das Obergericht wie folgt zusammen:

Dr.iur. Andreas Jenny, Sachseln, Präsident  
Dr.iur. Maurizio Genoni, Wilen, Vizepräsident  
Dr.med. Bruno Dillier, Giswil  
Bernadette Hodel-Bühler, Sarnen  
Franziska von Ah-Kathriner, Stalden  
Dr.phil. Barbara Müller, Alpnach Dorf  
Martin Ettlín, Giswil  
Tony von Ah, Kägíswil  
Peter Glaus, Lungern  
Heinz Huber, Sachseln

In der Berichtsperiode gab es keine Rücktritte aus dem Obergericht. Am 14. März 2013 wurde Dr.iur. Stefan Keller durch den Kantonsrat als a.o. Gerichtspräsident II (50 %) mit Amtsantritt am 1. Juli 2013 gewählt. Das Gerichtspräsidium II ist seither zuständig für die Aufgaben der Beschwerdeinstanz in Strafsachen. Die beiden Gerichtspräsidenten vertreten sich gegenseitig.

Als Gerichtsschreiberinnen des Obergerichts wirkten lic.iur. Stefanie Schütz-Balmer (40 %), MLaw Daniela Widmer (100 %), MLaw Andrea Bögli (100 %) sowie MLaw Manuela Schmid (60 %).

Die Obergerichtskanzlei wurde von Romy Hurschler (80 %) und Bianca Odermatt-Joller (60 %) betreut.

Das Obergericht trat 2012 zu 18 halbtägigen Sitzungen und 1 ganztägigen Sitzung und 2013 zu 16 halbtägigen Sitzungen und 1 ganztägigen Sitzung zusammen.

Weitere Tätigkeiten des Obergerichtes, die im statistischen Teil des Berichtes nicht erfasst werden:

Das Obergericht musste sich mit 15 Angelegenheiten der Gerichtsverwaltung, 1 Wahl des geschäftsleitenden Kantonsgerichtspräsidiums, 1 Aufsichtsverfahren betreffend Staatsanwaltschaft, 1 Aufsichtsbeschwerde betreffend Staatsanwaltschaft, 3 Beschwerden betreffend fürsorgerische Unterbringung, 3 Revisionsgesuchen, 1 Erläuterungsbegehren, 7 Entbindungen vom Amtsgeheimnis, 10 Ausstandsbegehren, 6 Verfahren betreffend Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht und 5 Ge-

suchen betreffend öffentliches Inventar befassen; ferner musste es in 1 Fall die Gültigkeit der Konkursandrohung prüfen. Weiter genehmigte das Obergericht die verbindliche Einführungsplanung eSchKG Standard 2.0 und behandelte 3 Beschwerden gegen Nachlassliquidatoren. Der Obergerichtspräsident musste sich mit 2 Akteneinsichtsgesuchen, 1 Gesuch um Erlass der Gerichtskosten, 16 Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege, 1 Schutzschrift, 2 Genehmigungen einer Entschädigung als amtlicher Verteidiger und 2 Gesuchen um amtliche Verteidigung befassen. Ferner bestellte der Obergerichtspräsident mit 9 Verfügungen a.o. Stellvertretungen für Staatsanwälte und mit 2 Verfügungen für die Jugendanwältin.

Hinsichtlich dieser Tätigkeiten des Obergerichts beurteilte das Bundesgericht im Jahr 2013 5 Beschwerden. 1 wurde gutgeheissen, 1 abgewiesen und auf 3 Beschwerden wurde nicht eingetreten.

## 2. KANTONSGERICHT

Zu Beginn der Berichtsperiode 2012/2013 setzte sich das Kantonsgericht wie folgt zusammen:

lic.iur. Lorenz Burch, Kerns, Präsident I  
Dr.iur. Guido Cotter, Sarnen, Präsident II  
lic.iur. Monika Omlin, Sachseln, Präsidentin III  
Urs Kessler, Alpnach, Vizepräsident  
Giann Theler, Engelberg  
Edwin Berchtold, Sarnen  
Jürg Mengelt, Sarnen  
Trudi Abächerli-Halter, Sarnen  
Ursula Bucher-Britschgi, Kerns  
Veronika Burch-Abächerli, Stalden  
Hans Peter Huez, Sachseln  
Johann Waser, Engelberg

Die Präsidien sind in folgenden Pensen tätig: Kantonsgerichtspräsident I (Geschäftsleitung): 90 %, Kantonsgerichtspräsident II: 80 % und Kantonsgerichtspräsidentin III: 80 %.

Auf die Amtsdauer 2012 - 2016 wurden in den Gesamterneuerungswahlen in stiller Wahl Josef Kretz, Engelberg, und Werner Dreyer, Sachseln, als Nachfolger der zurückgetretenen Giann Theler und Trudi Abächerli-Halter gewählt. Am 29. Januar 2013 wurde sodann in stiller Wahl Brigitta Wallimann-Hari, Sachseln, als Nachfolgerin des zurückgetretenen Jürg Mengelt gewählt. Auf Ende des Amtsjahres 2013 hatte schliesslich Kantonsgerichtspräsident II Dr. Guido Cotter seinen Rücktritt eingereicht. Als dessen Nachfolger wurde am 3. März 2013 lic.iur. Roland Infanger, Sarnen, gewählt.

Als Gerichtsschreiber/innen wirkten lic.iur. Renata Sibling (100 % bis Juni 2012, danach 90 %), MLaw Nathalie Staub-Jütz (100 % bis Juni 2012, danach 60 %), lic.iur. Barbara Pfister Piller (70 % bis Juni 2012, danach 60 % bis 30. September 2012) und MLaw Christine van Kessel-Plersch (90 %). Ab Juli 2012 wirkte MLaw Verena Bieri als Aushilfsgerichtsschreiberin (60 % bis Ende 2013). Die Nachfolge von lic.iur. Barbara Pfister Piller trat am 1. November 2012 MLaw Silvio Akermann an (60 %).

Im Sekretariat der Kantonsgerichtskanzlei waren in der Berichtsperiode tätig: Esther Schrackmann, Kanzleileiterin (60 %), Heidi Schrackmann (40 %), Erika Fanger (80 %), Regula Barmettler (20 %) und Maria Kathriner (50 %).

Das Kantonsgericht als Zivilgericht trat 2012 zu 13 und 2013 zu 3 Sitzungen zusammen. In arbeitsvertraglichen Streitigkeiten tagte das Zivilgericht 2012 dreimal

und 2013 nie. Als Strafgericht hielt das Kantonsgericht im Jahre 2012 9 und 2013 6 Sitzungen ab. Zudem fand im Jahre 2012 keine und fanden im Jahre 2013 7 Sitzungen des Kantonsgerichts als Jugendgericht statt. Neu amtete das Kantonsgericht im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Unterbringung im Jahre 2013 an 3 Sitzungen.

Weitere Tätigkeiten des Kantonsgerichtes, die im statistischen Teil des Berichtes nicht erfasst werden:

Die Kantonsgerichtspräsidien mussten sich 2012 mit 43 und 2013 mit 51 Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege befassen. Ferner hatten sie 2012 über zwei amtliche Verteidigungen zu entscheiden.

### 3. STAATSANWALTSCHAFT

In den Jahren 2012 und 2013 waren in der Staatsanwaltschaft tätig:

#### 2012

Dr.iur. Esther Omlin, Sarnen, Oberstaatsanwältin, zu 100 %  
lic.iur. Jürg Boller, Sarnen, Staatsanwalt, zu 100 %  
lic.iur. Bernhard Schöni, Sarnen, Staatsanwalt, zu 100 %  
lic.iur. Sandra Christen, Luzern, Staatsanwältin, zu 45 %, seit 1. September 2012 zu 55 %  
lic.iur. Roswitha Meuli-Lehni, Meggen, Jugendanwältin, zu 40 %  
Gabriela Leuenberger, St. Niklausen, Staatsanwaltschaftsassistentin, zu 90 %, seit 1. September 2012 zu 60 %  
Isabelle Röthlin, Kerns, Sekretärin, zu 100 %  
Franziska Imfeld-Burri, Stalden, Sekretärin, zu 60 %  
Myriam Anderhalden-Neiger, Sachseln, Sekretärin, zu 20 %, seit 1. September 2012 zu 40 %  
Silvia Gavilanes, Sarnen, Sekretärin, zu 30 %  
Ursula Wellauer, Wilen, Sekretärin, zu 20 %

Im Jahr 2012 wurden insgesamt 13 Personen bei einer durchschnittlichen Haftdauer von 19 Tagen in Untersuchungshaft genommen.

#### 2013

Dr.iur. Esther Omlin, Sarnen, Oberstaatsanwältin, zu 100 %  
lic.iur. Jürg Boller, Sarnen, Staatsanwalt, zu 100 %  
lic.iur. Bernhard Schöni, Sarnen, Staatsanwalt, zu 100 %  
lic.iur. Sandra Christen, Luzern, Staatsanwältin, zu 55 % (bis 1. November 2013; anschliessend Mutterschaftsurlaub)  
lic.iur. Matthias Wüest, Wädenswil, Staatsanwalt, zu 55 % (seit 1. November 2013)  
lic.iur. Roswitha Meuli-Lehni, Meggen, Jugendanwältin, zu 40 %  
Gabriela Leuenberger, St. Niklausen, Staatsanwaltschaftsassistentin, zu 60 %  
Isabelle Röthlin, Kerns, Sekretärin, zu 100 %  
Franziska Imfeld-Burri, Stalden, Sekretärin, zu 60 %  
Myriam Anderhalden-Neiger, Sachseln, Sekretärin, zu 40 % (bis 15. Juni 2013; anschliessend siebenmonatiger Einsatz bei den Gerichten)  
Lisa Steffen, Ennetbürgen, Sekretärin, zu 60 % (seit 15. Juni 2013)  
Silvia Gavilanes, Sarnen, Sekretärin, zu 30 %  
Ursula Wellauer, Wilen, Sekretärin, zu 20 % (bis 15. Juni 2013)  
MLaw Nicole Hutter, Diepoldsau, Praktikantin, zu 100 % (davon 20 % bei KESB)  
MLaw Lea Ochsner, Winterthur, Praktikantin, zu 100 % (davon 20 % bei KESB)

Im Jahr 2013 wurden insgesamt 16 Personen bei einer durchschnittlichen Haftdauer von 30 Tagen in Untersuchungshaft genommen.

#### 4. VERWALTUNGSGERICHT

Zu Beginn der Berichtsperiode 2012/2013 setzte sich das Verwaltungsgericht wie folgt zusammen:

Dr.iur. Andreas Jenny, Sachseln, Präsident  
Eduard Omlin, Sachseln, Vizepräsident  
Dr.med. Bruno Müller, Sarnen  
Irma Gasser-Furrer, Lungern  
lic.phil. Alex Höchli, Engelberg  
Ueli Zutter, Sarnen  
Marlies Durrer-Ettlin, Kerns  
Monika Gander Odermatt, Sarnen  
Hans Reinhard, Wilen  
Peter Imfeld, Sarnen

Auf die Gesamterneuerungswahlen 2012 hatten Eduard Omlin als Vizepräsident sowie Dr.med. Bruno Müller und Irma Gasser als Verwaltungsrichter ihren Rücktritt erklärt. Als Nachfolger wurden Monika Gander Odermatt, Sarnen, als Vizepräsidentin sowie Adrian Wälti, Sachseln, Alois Vogler, Alpnach und Eduard Lenz, Wilen, als neue Mitglieder des Verwaltungsgerichts gewählt. Am 14. März 2013 wurde Dr.iur. Stefan Keller durch den Kantonsrat als a.o. Gerichtspräsident II (50 %) mit Amtsantritt am 1. Juli 2013 gewählt. Das Gerichtspräsidium II ist seither zuständig für das Sozialversicherungsrecht und das Steuerrecht. Die beiden Gerichtspräsidenten vertreten sich gegenseitig.

Als Gerichtsschreiberinnen des Obergerichts wirkten lic.iur. Stefanie Schütz-Balmer (40 %), MLaw Daniela Widmer (100 %), MLaw Andrea Bögli (100 %) sowie MLaw Manuela Schmid (60 %).

Die Verwaltungsgerichtskanzlei wurde von Romy Hurschler (80 %) und Bianca Odermatt-Joller (60 %) betreut.

Das Verwaltungsgericht trat 2012 zu 8 halbtägigen und 2013 zu 10 halbtägigen Sitzungen zusammen.

Weitere Tätigkeiten des Verwaltungsgerichtes, die im statistischen Teil des Berichtes nicht erfasst werden:

Das Verwaltungsgericht hatte über 2 Akteneinsichtsgesuche zu entscheiden. Der Verwaltungsgerichtspräsident musste sich mit 13 Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege befassen.

## **B. STATISTISCHER TEIL**

### 1. ZIVILRECHTSPFLEGE

#### 1.1 Schlichtungsbehörde

##### 1.1.1 Allgemeine Abteilung

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>194</b>  | <b>239</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 32          | 46          |
| Neueingänge                        | 162         | 193         |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>148</b>  | <b>179</b>  |
| Einigung                           | 42          | 37          |
| Urteilsvorschlag                   | 1           | -           |
| Entscheid                          | 4           | 10          |
| Anderweitig                        | 40          | 42          |
| Klagebewilligung                   | 61          | 90          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>46</b>   | <b>60</b>   |

##### 1.1.2 Abteilung Miete und Pacht

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>65</b>   | <b>43</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 12          | 6           |
| Neueingänge                        | 53          | 37          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>59</b>   | <b>31</b>   |
| Einigung                           | 23          | 12          |
| Urteilsvorschlag                   | 4           | 2           |
| Entscheid                          | 2           | 1           |
| Anderweitig                        | 21          | 8           |
| Klagebewilligung                   | 9           | 8           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>6</b>    | <b>12</b>   |

### 1.1.3 Abteilung Gleichstellungsgesetz/Kollektivstreitigkeiten/Betreuungsverhältnisse

In Sachen Gleichstellungsgesetz (SR 151.1) und Kollektivstreitigkeiten (Art. 30 ff. Fabrikgesetz, SR 821.41; Art. 4 der kantonalen Verordnung zum Arbeitsgesetz, GDB 841.11) waren keine Eingänge zu verzeichnen. Ebenso waren keine Streitigkeiten aus Betreuungsverhältnissen (Art. 13 der kantonalen Verordnung über Leistungsangebote in den Bereichen Sozialpädagogik, Sonderschulung und Förderung von Menschen mit einer Behinderung; GDB 410.13) zu beurteilen.

### 1.2 Amtstätigkeiten der Kantonsgerichtspräsidien I und III

\*) Ab 2011 Neuverteilung der Fälle zwischen dem Kantonsgerichtspräsidenten I und der Kantonsgerichtspräsidentin III, d.h. je zur Hälfte (Art. 14 und 16 GRK).

#### 1.2.1 Kantonsgerichtspräsident I als Einzelrichter (Präsidialfälle)

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>96</b>   | <b>138</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 14          | 13          |
| Neueingänge                        | 82          | 125         |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>83</b>   | <b>117</b>  |
| Entscheid                          | 59          | 86          |
| Rückzug und dgl.                   | 19          | 12          |
| Vergleich                          | 5           | 19          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>13</b>   | <b>21</b>   |

Die erledigten Fälle setzen sich wie folgt zusammen:

|  |    |    |
|--|----|----|
| Massnahmeverfahren nach Art. 175 ZGB bzw. 276 CH-ZPO*)                                     | 20 | 31 |
| Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO  | 1  | -  |
| Bauhandwerkerpfandrechte/Pfandrechte   | 3  | -  |
| Vorsorgliche Beweisführung   | 3  | 2  |
| gerichtliche Verbote   | 8  | 14 |
| andere (z.B. Verfügungsbeschränkungen, Verfahren nach Art. 731b OR, a.o. Ersitzungen usw.) | 48 | 70 |

|  | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--|-------------|-------------|
| Kraftloserklärungsverfahren  |             |             |
| Anzahl eingereichter Gesuche (Titel)                                     | 19          | 29          |
| Anzahl aufgefundener Titel   | 1           | -           |
| Anzahl kraftlos erklärter Titel  | 46          | 17          |
| Abweisung Gesuche (Titel)  | -           | -           |
| Rückzug Gesuche (Titel)  | -           | -           |
| auswärtige Rechtshilfegesuche, rog. Einvernahmen,<br>Zustellungsaufträge | 132         | 107         |

### 1.2.2 Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin (Präsidentalfälle)

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>11</b>   | <b>7</b>    |
| Übertrag vom Vorjahr               | 3           | 3           |
| Neueingänge                        | 8           | 4           |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>8</b>    | <b>7</b>    |
| Entscheid                          | 8           | 4           |
| Rückzug und dgl.                   | -           | 1           |
| Vergleich                          | -           | 2           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>3</b>    | -           |

Die erledigten Fälle setzen sich wie folgt zusammen:

|   |   |   |
|---|---|---|
| Entscheide betr. Kinderangelegenheiten (z.B. Vaterschafts- und Unterhaltsklagen, Schuldneranweisungen usw.)     | 6 | 5 |
| Entscheide betr. Schutz bei häuslicher Gewalt (soweit nicht im Rahmen von Eheschutzmassnahmen) und Art. 28b ZGB | 1 | 1 |
| andere  | 1 | 1 |

1.2.3 Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin in Streitigkeiten aus Miete und Pacht

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>28</b>   | <b>16</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 8           | 3           |
| Neueingänge                        | 20          | 13          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>25</b>   | <b>12</b>   |
| Entscheid                          | 11          | 3           |
| Rückzug und dgl.                   | 5           | 1           |
| Vergleich                          | 9           | 8           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>3</b>    | <b>4</b>    |

1.2.4 Kantonsgericht unter dem Vorsitz der Kantonsgerichtspräsidien I und III\*)

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>36</b>   | <b>42</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 29          | 19          |
| Neueingänge                        | 7           | 23          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>17</b>   | <b>15</b>   |
| mit Urteil / Entscheid             | 10          | 6           |
| ohne Urteil / Entscheid            |             |             |
| Rückzug und dgl.                   | 5           | 4           |
| Vergleich                          | 2           | 5           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>19</b>   | <b>27</b>   |

Die erledigten Fälle setzen sich wie folgt zusammen:

|   |    |   |
|---|----|---|
| Streitwert über Fr. 10'000.--; ab 2011 über Fr. 30'000.--   | 17 | 9 |
| andere (z.B. Abänderungsverfahren, Aberkennungsklagen usw.) | -  | 6 |

Die unerledigten Fälle stammen aus folgenden Jahren:

|      | <u>Ende 2012</u> | <u>Ende 2013</u> |
|------|------------------|------------------|
| 2005 | 1•               | -                |
| 2007 | 1                | 1                |

|      |    |           |
|------|----|-----------|
| 2008 | 1  | -         |
| 2009 | 2  | 1         |
| 2010 | 3  | 2         |
| 2011 | 6  | 3         |
| 2012 | 5  | 5         |
| 2013 | —  | <u>15</u> |
|      | 19 | 27        |

• Fall vom Bundesgericht ans Kantonsgericht zurückgewiesen.

#### 1.2.5 Ehescheidungen \*)

|   | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|---|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                                    | <b>81</b>   | <b>84</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr                                | 25          | 20          |
| Neueingänge   | 56          | 64          |
| <b>Erledigt</b>                                     | <b>61</b>   | <b>54</b>   |
| Urteil Kantonsgericht unter dem Vorsitz des KGP I   | 1           | -           |
| Urteil Kantonsgericht unter dem Vorsitz der KGP III | 1           | -           |
| Urteil KGP als Einzelrichter                        | 55          | 49          |
| Rückzug und dgl.                                    | 4           | 5           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr                  | <b>20</b>   | <b>30</b>   |

Die Neuverteilung der Ehescheidungen zwischen dem KGP I und der KGP III bezieht sich auf die Ehescheidungen nach Art. 112, 114 und 115 ZGB.

Die unerledigten Ehescheidungen stammen aus folgenden Jahren:

|      | <u>Ende 2012</u> | <u>Ende 2013</u> |
|------|------------------|------------------|
| 2010 | 3                | -                |
| 2011 | 5                | 3                |
| 2012 | 12               | 5                |
| 2013 | —                | <u>22</u>        |
|      | 20               | 30               |

1.2.6 Fürsorgerische Unterbringung (Vorsitz KGP III)2013

|                                    |          |
|------------------------------------|----------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>3</b> |
| Neueingänge                        | 3        |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>3</b> |
| Entscheid                          | 2        |
| Rückzug und dgl.                   | 1        |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | -        |

(vormals fürsorgerische Freiheitsentziehung, siehe Ziff. 2.6.4)

1.3 Amtstätigkeiten des Kantonsgerichtspräsidenten II1.3.1 als Einzelrichter in Zivilstreitigkeiten (Streitwert unter Fr. 30'000.--)20122013

|                                    |           |           |
|------------------------------------|-----------|-----------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>26</b> | <b>29</b> |
| Übertrag vom Vorjahr               | 7         | 8         |
| Neueingänge                        | 19        | 21        |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>18</b> | <b>11</b> |
| Entscheid                          | 12        | 8         |
| Rückzug und dgl.                   | 2         | 1         |
| Vergleich                          | 4         | 2         |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>8</b>  | <b>18</b> |

1.3.2 als Einzelrichter in arbeitsvertraglichen Streitigkeiten (Streitwert bis Fr. 30'000.--)20122013

|                                    |           |           |
|------------------------------------|-----------|-----------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>18</b> | <b>27</b> |
| Übertrag vom Vorjahr               | 1         | 7         |
| Neueingänge                        | 17        | 20        |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>11</b> | <b>23</b> |
| mit Urteil                         | 8         | 16        |
| ohne Urteil                        |           |           |
| Rückzug und dgl.                   | -         | 1         |
| Vergleich                          | 3         | 6         |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>7</b>  | <b>4</b>  |

|  |             |             |
|--|-------------|-------------|
| <u>1.3.3 als Einzelrichter in Streitigkeiten aus Verträgen zwischen<br/>Letztverbrauchern und Anbietern sowie wegen unlauteren<br/>Wettbewerbs</u> | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|  | -           | -           |

(ab Fr. 30'000.-- ist das Kantonsgericht bzw. bei unlauterem Wettbewerb das Obergericht zuständig)

|  |             |             |
|--|-------------|-------------|
| <u>1.3.4 Kantonsgericht unter dem Vorsitz des<br/>Kantonsgerichtspräsidenten II in arbeits-<br/>vertraglichen Streitigkeiten (Streitwert über<br/>Fr. 30'000.--)</u> | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--|-------------|-------------|

|                                    |          |          |
|------------------------------------|----------|----------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>2</b> | <b>3</b> |
| Übertrag vom Vorjahr               | 1        | -        |
| Neueingänge                        | 1        | 3        |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>2</b> | <b>-</b> |
| mit Urteil                         | 2        | -        |
| ohne Urteil                        |          |          |
| Rückzug und dgl.                   | -        | -        |
| Vergleich                          | -        | -        |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>-</b> | <b>3</b> |

## 1.4 Obergericht

2012

|                                    | Rekurse  | Appellationen | Beschwerden | Berufungen |
|------------------------------------|----------|---------------|-------------|------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>2</b> | <b>4</b>      | <b>20</b>   | <b>18</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 2        | 4             | 8           | 8          |
| Neueingänge                        | -        | -             | 12          | 10         |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>1</b> | <b>2</b>      | <b>14</b>   | <b>9</b>   |
| mit Urteil                         |          |               |             |            |
| gutgeheissen                       | -        | -             | 4           | 1          |
| teilw. gutgeheissen                | -        | -             | 1           | 2          |
| abgewiesen                         | 1        | 2             | 5           | 3          |
| nicht eingetreten                  | -        | -             | 1           | 3          |
| ohne Urteil                        |          |               |             |            |
| Rückzug und dgl.                   | -        | -             | 3           | -          |
| Vergleich                          | -        | -             | -           | -          |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>1</b> | <b>2</b>      | <b>6</b>    | <b>9</b>   |

2013

|                                    | Rekurse  | Appellationen | Beschwerden | Berufungen |
|------------------------------------|----------|---------------|-------------|------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>1</b> | <b>2</b>      | <b>17</b>   | <b>19</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 1        | 2             | 6           | 9          |
| Neueingänge                        | -        | -             | 11          | 10         |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>-</b> | <b>-</b>      | <b>14</b>   | <b>9</b>   |
| mit Urteil                         |          |               |             |            |
| gutgeheissen                       | -        | -             | 2           | 2          |
| teilw. gutgeheissen                | -        | -             | -           | 3          |
| abgewiesen                         | -        | -             | 7           | 3          |
| nicht eingetreten                  | -        | -             | 3           | 1          |
| ohne Urteil                        |          |               |             |            |
| Rückzug und dgl.                   | -        | -             | 2           | -          |
| Vergleich                          | -        | -             | -           | -          |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>1</b> | <b>2</b>      | <b>3</b>    | <b>10</b>  |

2 durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilte Beschwerden wurden abgewiesen.

Auf 1 durch das Bundesgericht im Jahr 2013 beurteilte Beschwerde wurde nicht eingetreten.

## 2. STRAFRECHTSPFLEGE

| <u>2.1 Jugendanwaltschaft</u>   | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|---|-------------|-------------|
| Ausgestellte Strafbefehle   | 85          | 110         |
| Nicht angenommene Strafbefehle  | 3           | -           |
| Nicht eröffnete Verfahren/eingestellte Untersuchungen                                 | 15          | 43          |
| Überweisungen an andere Kantone   | 13          | 4           |
| Unerledigte Fälle   | 14          | 16          |
| Hängige Vollzugsfälle   | 16          | 15          |
| <br>  |             |             |
| <u>2.2 Jugendgericht</u>  | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
| (Kantonsgericht als Jugendgericht unter dem Vorsitz des Kantonsgerichtspräsidenten I) |             |             |
| Entscheide über vorsorgliche Massnahmen   | -           | -           |
| andere anfechtbare Verfügung  | 1           | 2           |
| Gefällte Urteile  | -           | 5           |
| <br>  |             |             |
| <u>2.3 Staatsanwaltschaft</u>   |             |             |
|   | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
| <b>Geschäfte</b>  | <b>2209</b> | <b>2507</b> |
| Übertrag  | 208         | 263         |
| Neueingänge   | 2001        | 2244        |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr  | <b>263</b>  | <b>219</b>  |
| <br>  |             |             |
| <b>Strafuntersuchungen</b>  | <b>1946</b> | <b>2288</b> |
| Strafbefehle insgesamt  | 1526        | 1962        |
| Strafbefehle Übertretungen  | 1176        | 1467        |
| Strafbefehle Vergehen   | 350         | 497         |
| Einstellungen   | 218         | 213         |
| Nichtanhandnahmen   | 121         | 122         |
| Sistierungen  | 14          | 13          |
| Abtretungen an andere Behörden  | 38          | 39          |
| Anklagen  | 8           | 11          |

|                                |     |     |
|--------------------------------|-----|-----|
| Einsprachen gegen Strafbefehle | 107 | 129 |
| Rechtshilfeersuchen            | 25  | 35  |
| Einvernahmen                   | 180 | 157 |

#### 2.4 Kantonsgerichtspräsident II als Einzelrichter in Straffällen

|                                      | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                     | <b>16</b>   | <b>12</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr                 | 6           | 1           |
| Neueingänge                          | 10          | 11          |
| <b>Erledigt</b>                      | <b>15</b>   | <b>3</b>    |
| Urteil / Verfügung                   | 14          | 2           |
| Einstellung                          | 1           | -           |
| nachträgliche richterliche Verfügung | -           | -           |
| Rückzug und dgl.                     | -           | 1           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr   | <b>1</b>    | <b>9</b>    |

#### 2.5 Kantonsgericht

|                                      | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                     | <b>13</b>   | <b>7</b>    |
| Übertrag vom Vorjahr                 | 8*          | 5           |
| Neueingänge                          | 5           | 2           |
| <b>Erledigt</b>                      | <b>8</b>    | <b>3</b>    |
| Urteil                               | 5           | 2           |
| nachträgliche richterliche Verfügung | 1           | -           |
| Beschluss                            | 2           | 1           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr   | <b>5</b>    | <b>4</b>    |

Von den in der Berichtsperiode insgesamt 7 (2012 5 und 2013 2) beurteilten Personen wurden im Jahre 2012 2 und im Jahre 2013 2 teilweise oder ganz freigesprochen.

\*) Berichtigung: inkl. 1 hängige Zivilklage in einem Strafverfahren aus dem Jahre 2010

## 2.6 Kantonsgerichtspräsidentin III als Einzelrichterin

### 2.6.1 als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Erwachsenenstrafverfahren

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>11</b>   | <b>24</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | -           | 1           |
| Neueingänge                        | 11          | 23          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>10</b>   | <b>24</b>   |
| Verfügung                          | 10          | 24          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>1</b>    | -           |

Die erledigten Fälle setzen sich wie folgt zusammen:

|  |   |    |
|--|---|----|
| Anordnung und Verlängerung Untersuchungs-,<br>Sicherheitshaft und Haftentlassungen | 5 | 10 |
| Anordnung und Verlängerung Überwachung Post- und<br>Fernmeldeverkehr / Notsuche    | 4 | 10 |
| Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten                                    | 1 | 2  |
| andere (z.B. Entsiegelungsverfahren, verdeckte Ermittlung)                         | - | 2  |

### 2.6.2 als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Jugendstrafverfahren

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>2</b>    | -           |
| Übertrag vom Vorjahr               | -           | -           |
| Neueingänge                        | 2           | -           |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>2</b>    | -           |
| Verfügung                          | 2           | -           |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | -           | -           |

### 2.6.3 als Einzelrichterin betreffend Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>28</b>   | <b>28</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | -           | -           |
| Neueingänge                        | 28          | 28          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>28</b>   | <b>28</b>   |
| Verfügung                          | 28          | 28          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | -           | -           |

2.6.4 als Einzelrichterin betreffend fürsorgliche  
Freiheitsentziehung

2012

|                                    |   |
|------------------------------------|---|
| <b>Geschäfte</b>                   | 7 |
| Übertrag vom Vorjahr               | - |
| Neueingänge                        | 7 |
| <b>Erledigt</b>                    | 7 |
| Entscheid                          | 3 |
| Rückzug und dgl.                   | 4 |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | - |

(ab 2013 ist das Kantonsgericht unter Vorsitz der Kantonsgerichts-  
präsidentin III zuständig für die fürsorgliche Unterbringung,  
siehe Ziff. 1.4.6)

2.7 Obergericht

2012

|                                    | Beschwer-<br>den (OW) | Appellationen | Beschwer-<br>den (CH) | Berufungen |
|------------------------------------|-----------------------|---------------|-----------------------|------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>1</b>              | <b>2</b>      | <b>20</b>             | <b>13</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 1                     | 2             | 7                     | 4          |
| Neueingänge                        | -                     | -             | 13                    | 9          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>1</b>              | <b>2</b>      | <b>12</b>             | <b>1</b>   |
| mit Urteil                         |                       |               |                       |            |
| gutgeheissen                       | 1                     | -             | -                     | -          |
| teilw. gutgeheissen                | -                     | 1             | 2                     | -          |
| abgewiesen                         | -                     | 1             | 8                     | 1          |
| nicht eingetreten                  | -                     | -             | 2                     | -          |
| ohne Urteil                        |                       |               |                       |            |
| Rückzug und dgl.                   | -                     | -             | -                     | -          |
| Einstellung                        | -                     | -             | -                     | -          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | -                     | -             | <b>8</b>              | <b>12</b>  |
| teilweise oder ganz freigesprochen |                       | -             |                       | -          |

2013

|                                    | Beschwer-<br>den (CH) | Berufungen |
|------------------------------------|-----------------------|------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>20</b>             | <b>17</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr               | 8                     | 12         |
| Neueingänge                        | 12                    | 5          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>17</b>             | <b>10</b>  |
| mit Urteil                         |                       |            |
| gutgeheissen                       | 2                     | -          |
| teilw. gutgeheissen                | 2                     | 2          |
| abgewiesen                         | 8                     | 6          |
| nicht eingetreten                  | 2                     | -          |
| ohne Urteil                        |                       |            |
| Rückzug und dgl.                   | 3                     | 2          |
| Einstellung                        | -                     | -          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr | <b>3</b>              | <b>7</b>   |
| teilweise oder ganz freigesprochen |                       | 1          |

Von den durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilten Beschwerden wurde 1 abgewiesen, 1 gutgeheissen und auf 2 wurde nicht eingetreten.

2 durch das Bundesgericht im Jahr 2013 beurteilte Beschwerden wurden abgewiesen.

### 3. VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

#### 3.1 Verwaltungsgericht

##### 3.1.1 Unfallversicherung, Krankenversicherung, Militärversicherung, berufliche Vorsorge

|                                    | <u>2012</u> |             | <u>2013</u> |             |
|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
|                                    | Klagen      | Beschwerden | Klagen      | Beschwerden |
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>3</b>    | <b>14</b>   | <b>5</b>    | <b>20</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 3           | 4           | 2           | 13          |
| Neueingänge                        | -           | 10          | 3           | 7           |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>1</b>    | <b>1</b>    | <b>2</b>    | <b>9</b>    |
| mit Urteil                         |             |             |             |             |
| gutgeheissen                       | -           | -           | -           | 1           |
| teilweise gutgeheissen             | 1           | -           | 1           | 1           |
| abgewiesen                         | -           | -           | -           | 6           |
| nicht eingetreten                  | -           | 1           | -           | -           |
| ohne Urteil                        |             |             |             |             |
| Rückzug und dgl.                   | -           | -           | 1           | 1           |
| Vergleich                          | -           | -           | -           | -           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>2</b>    | <b>13</b>   | <b>3</b>    | <b>11</b>   |

Von den durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilten Beschwerden wurde 1 gutgeheissen und 1 abgewiesen.

3.1.2 AHV, IV, EL, EO, Familienzulagen,  
Prämienververbilligung

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
|                                    | Beschwerden | Beschwerden |
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>32</b>   | <b>33</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 21          | 15          |
| Neueingänge                        | 11          | 18          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>17</b>   | <b>20</b>   |
| mit Urteil                         |             |             |
| gutgeheissen                       | 7           | 1           |
| teilweise gutgeheissen             | 2           | 1           |
| abgewiesen                         | 4           | 12          |
| nicht eingetreten                  | -           | 1           |
| ohne Urteil                        |             |             |
| Rückzug und dgl.                   | 4           | 5           |
| Vergleich                          | -           | -           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>15</b>   | <b>13</b>   |

Die 3 durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilten Beschwerden wurden abgewiesen.

Von den durch das Bundesgericht im Jahr 2013 beurteilten Beschwerden wurden 2 abgewiesen und auf 3 wurde nicht eingetreten. 1 Beschwerde wurde als gegenstandslos abgeschrieben.

### 3.1.3 Arbeitslosenversicherung

|                                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------------|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>11</b>   | <b>7</b>    |
| Übertrag vom Vorjahr               | 5           | 5           |
| Neueingänge                        | 6           | 2           |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>6</b>    | <b>5</b>    |
| mit Urteil                         |             |             |
| gutgeheissen                       | -           | 1           |
| teilweise gutgeheissen             | -           | -           |
| abgewiesen                         | 6           | 4           |
| nicht eingetreten                  | -           | -           |
| ohne Urteil                        |             |             |
| Rückzug und dgl.                   | -           | -           |
| Vergleich                          | -           | -           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>5</b>    | <b>2</b>    |

Auf 1 durch das Bundesgericht im Jahr 2013 beurteilte Beschwerde wurde nicht eingetreten.

### 3.1.4 Übriges Verwaltungsrecht

|                                    | <u>2012</u> |             | <u>2013</u> |             |
|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
|                                    | Klagen      | Beschwerden | Klagen      | Beschwerden |
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>2</b>    | <b>37</b>   | <b>2</b>    | <b>32</b>   |
| Übertrag vom Vorjahr               | 2           | 18          | 2           | 18          |
| Neueingänge                        | -           | 19          | -           | 14          |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>-</b>    | <b>19</b>   | <b>1</b>    | <b>18</b>   |
| mit Urteil                         |             |             |             |             |
| gutgeheissen                       | -           | 4           | -           | 2           |
| teilweise gutgeheissen             | -           | 2           | 1           | 2           |
| abgewiesen                         | -           | 9           | -           | 9           |
| nicht eingetreten                  | -           | 1           | -           | 2           |
| ohne Urteil                        |             |             |             |             |
| Rückzug und dgl.                   | -           | 3           | -           | 3           |
| Vergleich                          | -           | -           | -           | -           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>2</b>    | <b>18</b>   | <b>1</b>    | <b>14</b>   |

1 durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilte Beschwerde wurde abgewiesen.

Von den durch das Bundesgericht im Jahr 2013 beurteilten Beschwerden wurde 1 abgewiesen, 1 gutgeheissen und auf 1 wurde nicht eingetreten.

### 3.2 Schiedsgericht

Das Schiedsgericht in Sozialversicherungssachen hatte sich in der Berichtsperiode mit keinem Fall zu befassen.

#### 4. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHTSPFLEGE

##### 4.1 Betreibungsamt-Statistik

|                               | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|-------------------------------|-------------|-------------|
| Zahlungsbefehle               | 6855        | 6052        |
| Pfändungsankündigungen        | 3212        | 2793        |
| Pfändungsvollzüge             | 2984        | 2821        |
| Pfandverwertungsbegehren      | 30          | 49          |
| Aufschubsbewilligungen        | -           | -           |
| Angekündigte Versteigerungen  | 1           | 2           |
| Mobilien                      | 1           | 1           |
| Grundstücke                   | -           | 1           |
| Durchgeführte Versteigerungen | 1           | 1           |
| Mobilien                      | 1           | -           |
| Grundstücke                   | -           | 1           |
| Durchgeführte Lohnpfändungen  | 1011        | 1022        |
| Konkursandrohungen            | 197         | 172         |
| Eigentumsvorbehalte           | 20          | 16          |
| Arreste                       | 8           | 1           |
| Retentionen                   | 3           | 1           |

## 4.2 Konkursamt-Statistik

|   | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|---|-------------|-------------|
| Konkurseröffnungen  | 75          | 78          |
| Konkurserledigungen   | 40          | 48          |
| davon:  |             |             |
| Ordentliches Verfahren  | -           | -           |
| Summarisches Verfahren  | 13          | 11          |
| Einstellungen mangels Aktiven                                     | 26          | 35          |
| Widerrufe   | 1           | 2           |
| Aufhebungen (Beschwerde oder andere)                              | -           | -           |
| <br>Total Verluste aus ordentlichen und<br>summarischen Verfahren |             |             |
| Betrag 2012   | 51'271'258  |             |
| Betrag 2013   |             | 3'568'632   |
| <br>Öffentliches Inventar   | 3           | 1           |
| Auflösung und Liquidation nach Art. 731b OR                       | 34          | 39          |
| Amtliche Liquidation  | 1           | -           |
| Rechtshilfeaufträge eingehend                                     | 2           | 2           |

### 4.3 Obergericht

|                                    | <u>2012</u>                                |                 | <u>2013</u>                                |                 |
|------------------------------------|--|-----------------|--|-----------------|
|                                    | Beschwerden gegen<br>Betreibungs-<br>ämter | Konkurs-<br>amt | Beschwerden gegen<br>Betreibungs-<br>ämter | Konkurs-<br>amt |
| <b>Geschäfte</b>                   | <b>11</b>                                  | <b>3</b>        | <b>5</b>                                   | <b>1</b>        |
| Übertrag vom Vorjahr               | 3  | -               | 3  | -               |
| Neueingänge                        | 8  | 3               | 2  | 1               |
| <b>Erledigt</b>                    | <b>8</b>                                   | <b>3</b>        | <b>5</b>                                   | <b>-</b>        |
| mit Urteil                         |  |                 |  |                 |
| gutgeheissen                       | -  | -               | 3  | -               |
| teilweise gutgeheissen             | -  | 2               | 1  | -               |
| abgewiesen                         | 4  | -               | 1  | -               |
| nicht eingetreten                  | 1  | -               | -  | -               |
| ohne Urteil                        |  |                 |  |                 |
| Rückzug und dgl.                   | 3  | 1               | -  | -               |
| Vergleich                          | -  | -               | -  | -               |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b> | <b>3</b>                                   | <b>-</b>        | <b>-</b>                                   | <b>1</b>        |

1 durch das Bundesgericht im Jahr 2012 beurteilte Beschwerde wurde gutgeheissen.

| <u>Weitere Verrichtungen</u> | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|------------------------------|-------------|-------------|
| Konkursschlusserklärungen    | 39          | 46          |

## 4.4 Kantonsgerichtspräsident II

| <u>4.4.1 Entscheide über Rechtsöffnungen</u>   | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--|-------------|-------------|
| <b>Geschäfte</b>   | <b>161</b>  | <b>181</b>  |
| Übertrag vom Vorjahr   | 29          | 23          |
| Neueingänge  | 132         | 158         |
| <b>Erledigt</b>  | <b>138</b>  | <b>156</b>  |
| durch provisorische Rechtsöffnung  | 34          | 40          |
| definitive Rechtsöffnung   | 67          | 74          |
| Abweisung  | 27          | 27          |
| Anerkennung  | 2           | 4           |
| Rückzug und dgl.   | 7           | 11          |
| Gegenstandslosigkeit   | 1           | -           |
| Vergleich  | -           | -           |
| <b>Übertrag auf folgendes Jahr</b>   | <b>23</b>   | <b>25</b>   |
| <br>   |             |             |
| <u>4.4.2 Entscheide über Beseitigung des<br/>Rechtsvorschlages in Wechsel-<br/>betreibungen</u>                    | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|  | -           | -           |
| <br>   |             |             |
| <u>4.4.3 Entscheide über Beseitigung des<br/>Rechtsvorschlages mangels neuen<br/>Vermögens</u>                     | 15          | 5           |
| <br>   |             |             |
| <u>4.4.4 Entscheide betreffend ausgeschlagene<br/>Verlassenschaft und amtliche Liquidation<br/>einer Erbschaft</u> |             |             |
| Eröffnung  | 14          | 16          |
| summarisches Verfahren   | 6           | 13          |
| Einstellung  | 3           | 5           |
| Widerruf   | 1           | 1           |
| <br>   |             |             |
| <u>4.4.5 andere</u>  | 2           | 2           |

|  |             |             |
|--|-------------|-------------|
| <u>4.4.6 Entscheide als Konkursrichter</u> | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--|-------------|-------------|

a) Konkursbegehren

|  |            |            |
|--|------------|------------|
| <b>Geschäfte</b>                             | <b>110</b> | <b>106</b> |
| Übertrag vom Vorjahr                         | 9          | 4          |
| Neueingänge                                  | 101        | 102        |
| <b>Erledigt</b>                              | <b>106</b> | <b>99</b>  |
| infolge Abweisung/Abschreibung durch Zahlung | 33         | 19         |
| Rückzug und dgl.                             | 34         | 16         |
| Konkurseröffnung                             | 27         | 23         |
| Art. 731b OR Einstellung                     | 9          | 32         |
| Art. 731b OR summarisches Verfahren          | 3          | 9          |
| <b>Übertrag</b> auf folgendes Jahr           | <b>4</b>   | <b>7</b>   |

b) Entscheide

|   |    |    |
|---|----|----|
| Konkurseröffnung ohne vorherige Betreuung                                       | 2  | 1  |
| Konkurseröffnung nach durchgeführter Betreuung                                  | 14 | 15 |
| Konkurseröffnung gestützt auf Insolvenzerklärung<br>oder Deponierung der Bilanz | 11 | 7  |
| Nachlassvertrag   | -  | -  |
| Widerruf Nachlassstundung   | -  | -  |
| Konkurswiderruf oder Einstellung des Verfahrens                                 | 10 | 10 |
| Verfügung des summarischen Verfahrens   | 9  | 4  |
| Konkursaufschub (OR 725)  | 1  | -  |
| Wiedereröffnung Konkurs   | -  | -  |

|                                      |             |             |
|--------------------------------------|-------------|-------------|
| <u>4.4.7 Arreste (SchKG 271 ff.)</u> | <u>2012</u> | <u>2013</u> |
|--------------------------------------|-------------|-------------|

|                   |   |   |
|-------------------|---|---|
| Arrestbefehle     | 7 | 1 |
| Arresteinsprachen | 3 | 2 |

## **C. BEMERKUNGEN ZUM GANG DER RECHTSPFLEGE**

### 1. ALLGEMEINES

In den *Gesamterneuerungswahlen* vom Frühjahr 2012 wurden alle Mitglieder der Gerichte sowie die Gerichtspräsidien für die Amtsdauer vom 1. Juli 2012 bis 30. Juni 2016 in stiller Wahl gewählt. Am 19. Juni 2012 bestätigte das Obergericht den bisherigen geschäftsleitenden Kantonsgerichtspräsidenten für eine weitere Amtsdauer von zwei Jahren. Am 22. Juni 2012 fand die Vereidigung der kantonalen Gerichtsbehörden durch den Kantonsratspräsidenten statt; anschliessend sprach alt Bundesrichter Dr. h.c. Hans Wiprächtiger zum Thema: „Mein Richterbild“. Für die Neubesetzung des zurückgetretenen Kantonsgerichtspräsidenten II fand am 3. März 2013 eine Urnenwahl statt. Ferner ernannte der Kantonsrat am 14. März 2013 für das Obergericht und das Verwaltungsgericht einen ausserordentlichen Gerichtspräsidenten II mit einem Pensum von 50 %. Die beiden neuen Gerichtspräsidenten und ein in stiller Wahl gewähltes neues Mitglied des Kantonsgerichts wurden am 7. Juni 2013 durch den Kantonsratspräsidenten vereidigt.

In der *Gesetzgebung* gab es in der Berichtsperiode einige Änderungen mit Auswirkungen auf die Rechtspflegeorgane. Am 1. Januar 2012 trat der Nachtrag vom 3. November 2011 des Gesetzes über die Entlöhnung und Entschädigung von Behörden und Kommissionen (Behördengesetz; GDB 130.4) in Kraft, mit welchem eine Entschädigung der nebenamtlichen Richterinnen und Richter für das Aktenstudium eingeführt wurde.

Am 4. Dezember 2012 erliess der Regierungsrat Ausführungsbestimmungen zur Ergänzung des Gesetzes über die Justizreform, welche am 1. Januar 2013 in Kraft traten. Er trug damit dem Umstand Rechnung, dass das kantonale Recht in einigen vom Bundesgericht als Zivilsachen qualifizierten Fällen (z.B. Spitalhaftungsklagen) den vom Bundesrecht geforderten doppelten Instanzenzug noch nicht gewährleistete.

Am 1. Januar 2013 trat auch das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft. An die Stelle der Vormundschaftsbehörden in den Gemeinden trat die zentrale Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Mit dem neuen Recht fiel der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz auf diesem Rechtsgebiet weg.

Das Obergericht erliess am 11. Dezember 2012 Richtlinien über die Information der Öffentlichkeit und den Verkehr mit den Medien (RIVM), welche am 1. Januar 2013 in Kraft traten. Die Richtlinien enthalten im Wesentlichen Regeln zur Information der Öffentlichkeit sowie zur Gerichtsberichterstattung. Ebenfalls seit 1. Januar 2013 nimmt die Finanzverwaltung für die Gerichte die Führung der Buchhaltung wahr. Zu diesem Zweck erliess das Obergericht am 11. Dezember 2012 entsprechende Weisungen. Weiter verabschiedete das Obergericht am 12. März 2013 Weisungen über die Nutzung von Informatikmitteln und den Auftritt der Gerichte im Internet; dabei erklärte es die einschlägigen Weisungen des Regierungsrates vom 22. Januar 2013 als für die kantonalen Gerichte sinngemäss anwendbar.

Bei der *EDV der Gerichte* kam es in der Berichtsperiode zu wesentlichen Änderungen. Im Jahr 2013 führten die Gerichte eine neue Geschäftskontrolle ein, welche auf Anfang 2014 in Betrieb genommen wurde. Dank guter Vorbereitung erfolgte die Umstellung reibungslos. Der Kostenrahmen gemäss dem durch den Kantonsrat bewilligten Budget konnte eingehalten werden. Sodann beschaffte die Gerichte in der Berichtsperiode die Beschaffung eines modernen Computerprogramms, welches die juristische Recherche effizienter gestalten soll; im gleichen Zug soll auch das bestehende Bibliotheksprogramm ersetzt werden. Der Projektstart ist noch im Jahr 2014 vorgesehen, das Projekt soll im Frühling des Jahres 2015 abgeschlossen werden. Für 2015 haben die Gerichte ferner die Ausrüstung des Gerichtssaals mit einer Audioanlage geplant. Diese soll zum einen die Protokollierung von Gerichtsverhandlungen gemäss den am 1. Mai 2013 in Kraft getretenen neuen Bestimmungen der Strafprozessordnung und der Zivilprozessordnung beschleunigen und verbessern, indem Tonaufnahmen von den Einvernahmen gemacht werden können. Zum andern soll die Anlage eine Tonverstärkung ermöglichen und damit die Kommunikation im Gerichtssaal erleichtern.

Am 29. Juni 2012 beschloss der Kantonsrat, eine Motion zu überweisen und die Einsetzung einer parlamentarischen Untersuchungskommission zu prüfen. Hintergrund dieses Beschlusses war eine Anfang 2012 erschienene Publikation, in welcher ein Rechtsuchender unter anderem an den Gerichtsbehörden Kritik geübt hatte. An seiner Sitzung vom 31. Januar 2013 beschloss der Kantonsrat, in dieser Sache keine parlamentarische Untersuchungskommission einzusetzen.

Am 17. Juni 2014 verabschiedeten Regierungsrat und Obergericht Bericht und Botschaft betreffend die Umsetzung der Justizreform (*Evaluation der Justizreform*) sowie zur Anpassung verschiedener Erlasse. Regierungsrat und Obergericht erfüllten damit den in Art. 84a Abs. 3 GOG in der Fassung gemäss dem Gesetz über die Justizreform enthaltenen Auftrag, drei Jahre nach Inkrafttreten die Umsetzung der Justizreform in personeller und infrastruktureller Hinsicht zu beurteilen und dem Kantonsrat gemeinsam Bericht über die Ergebnisse zu erstatten und gleichzeitig die notwendigen Massnahmen zu beantragen. Regierungsrat und Obergericht halten in ihrem Bericht fest, dass sich die Umsetzung der Justizreform ins kantonale Recht dank sorgfältiger Vorbereitung bewährt hat und als gelungen beurteilt werden kann. Der im Bericht diskutierte Handlungsbedarf, der primär die Gesetzgebung betrifft, beinhaltet lediglich Bereinigungen und Verbesserungen. Bericht und Botschaft befassen sich auch mit „Fremdthemen“, welche keinen direkten Bezug zur Justizreform haben, jedoch im Zuge der Evaluation einer Lösung zugeführt werden sollen. Zu erwähnen ist insbesondere die Überführung des zweiten Gerichtspräsidiums von Obergericht und Verwaltungsgericht ins ordentliche Recht.

In seinem statistischen Teil bildet der vorliegende Amtsbericht über die Rechtspflege teilweise noch einmal die Übergangszeit vom alten zum neuen Recht im Rahmen der Justizreform ab. Im Anschluss an die Einführung einer neuen Geschäftskontrolle erscheint der Amtsbericht im Übrigen zum letzten Mal in der vorliegenden Form. Inskünftig wird der Amtsbericht jährlich herausgegeben und nur noch den Rechenschaftsbericht beinhalten; die Auszüge aus Gerichtsentscheiden des Obergerichts sollen zusammen mit den Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheiden jeweils in einer separaten neuen Publikation erscheinen.

## 2. SCHLICHTUNGSBEHÖRDE

Die auf Anfang 2011 neu geschaffene kantonale Schlichtungsbehörde kann auch in der Berichtsperiode eine erfolgreiche Tätigkeit ausweisen. Im Jahr 2011 konnten in der allgemeinen Abteilung 59 % der Streitfälle und in der Abteilung Miete und Pacht sogar 85 % der Streitigkeiten aussergerichtlich gelöst werden. Im Jahr 2013 gelang es der Schlichtungsbehörde, in der allgemeinen Abteilung 50 % und in der Abteilung Miete und Pacht 75 % der Streitigkeiten aussergerichtlich zu lösen. Das Modell einer einzigen, zentral geführten und mit juristischem Sachverstand ausgestatteten Schlichtungsbehörde hat sich bewährt. Die Schlichtungsbehörde leistet einen wesentlichen Beitrag zur Entlastung der Gerichte.

Während in der allgemeinen Abteilung 2013 gegenüber dem Vorjahr ein Anstieg der Neueingänge zu verzeichnen war, gingen diese im Bereich Miete und Pacht etwas zurück. Die Pendenzen nahmen 2013 leicht zu, konnten aber in der ersten Hälfte des Jahres 2014 wieder auf das Niveau des Jahres 2012 reduziert werden. Es zeigt sich nach wie vor, dass das Pensum des Präsidenten der Schlichtungsbehörde von 50 % eher knapp bemessen ist. Durch die Leistung von bewilligten Überstunden konnte der Präsident der Schlichtungsbehörde, Fürsprecher Roland Bucher, jedoch Belastungsspitzen entgegenwirken.

In den weiteren Geschäftsbereichen (Abteilung Gleichstellungsgesetz/Kollektivstreitigkeiten/Betreuungsverhältnisse) waren erneut keine Eingänge zu verzeichnen.

Im Frühjahr 2012 konnte die Schlichtungsbehörde neue Räumlichkeiten beziehen. Der Umstand, dass sie nun vor Ort über ein Sekretariat verfügt, führte zu Vereinfachungen bei den Arbeitsabläufen.

## 3. BETREIBUNGS- UND KONKURSAMT

Beim *Konkursamt* war in der Berichtsperiode erneut eine Zunahme der Konkursöffnungen zu verzeichnen. Stark zugenommen haben auch die Liquidationen von Gesellschaften nach Art. 731b OR. Als Folge der höheren Arbeitsbelastung ist die Zahl der überjährigen Konkurse in der Berichtsperiode wiederum angestiegen. Ferner war eine relativ hohe Zahl von pendenten Fällen nach Art. 731b OR zu verzeichnen.

Beim *Betreibungsamt* hat sich die Arbeitsbelastung auf hohem Niveau stabilisiert. Seit dem Rücktritt der Amtsinhaberin bei der Zweigstelle Engelberg wird die Sachbearbeitung für diese Gemeinde im Wesentlichen von Sarnen aus betreut.

Um der zunehmenden Arbeitsbelastung Rechnung zu tragen, bewilligte der Regierungsrat der Abteilung Betreuung und Konkurs ab dem 1. Januar 2014 eine Stelenaufstockung von 50 %. Im Frühjahr 2014 wurde die *Abteilung umstrukturiert*, weil die bisherige Organisation den heutigen Anforderungen nicht mehr gerecht wurde. Infolge der höheren fachlichen Anforderungen in den Bereichen Betrei-

bung und Konkurs ergab sich bereits in der Vergangenheit eine zunehmende faktische Trennung zwischen den beiden Bereichen. Im Rahmen der Umstrukturierung wurde die Abteilung deshalb in die Dienststellen „Betreibung“ und „Konkurs“ gegliedert, welchen jeweils ein Dienststellenleiter oder eine Dienststellenleiterin vorsteht, der oder die gleichzeitig die Funktion der Stellvertretung der Abteilungsleitung innehat. Die Dienststellenleitung ist für die Durchführung von Betreibungs- bzw. Konkursverfahren unter Beachtung der rechtlichen Grundlagen und für die Führung der Buchhaltung sowie des Personals der Dienststelle verantwortlich. Ferner steht der Abteilung neu für die punktuelle Unterstützung der Dienststellen, für die Bewältigung der Aufgaben der Abteilungsleitung, soweit möglich für juristische Aufgaben sowie für die Erledigung von Sonderaufgaben ein Sachbearbeiter oder eine Sachbearbeiterin im Sinne eines „Springers“ zur Verfügung. Die erfolgte Neuorganisation wirkt sich bereits positiv auf die Arbeiterledigung aus. Es wird erwartet, dass schon im Laufe des Jahres 2014 Pendenzen abgebaut werden können.

#### 4. STAATSANWALTSCHAFT

Auf Anfang 2012 trat die neu gewählte Staatsanwältin lic.iur Sandra Christen ihr Amt mit einem Pensum von 45 % an. Dieses Pensum wurde im Zuge einer Pensumreduktion der Staatsanwaltsassistentin ab September 2012 kostenneutral auf 55 % erhöht. Während des Mutterschaftsurlaubes von lic.iur Sandra Christen vom 1. November 2013 bis 30. April 2014 nahm der als ausserordentlicher Staatsanwalt eingesetzte lic.iur. Matthias Wüest deren Aufgabe wahr.

Im Vergleich zu 2011 gingen die Neueingänge 2012 leicht zurück (von 2107 auf 2001), stiegen im Jahr 2013 indessen wieder auf 2244 Fälle an. Die Zahl der Pendenzen konnte 2013 gegenüber dem Vorjahr leicht gesenkt werden. Generell erwies sich die Arbeitsbelastung in der Berichtsperiode als hoch. Insbesondere nahmen die Fälle internationaler Rechtshilfe zu. Mangels gesetzlicher Delegationsmöglichkeit stellten diese für die Oberstaatsanwältin eine erhebliche Zusatzbelastung dar. Dies soll im Zuge der Evaluation der Justizreform geändert werden, sodass in Zukunft auch andere Staatsanwältinnen und Staatsanwälte mit diesen Aufgaben betraut werden können. Um die Mehrbelastung auszugleichen, bewilligte der Regierungsrat für das Jahr 2014 eine befristete provisorische Pensumerhöhung bei der Staatsanwaltschaft von 40 %. Dank dieser Massnahme konnte für den Zeitraum vom 1. Mai bis 30. September 2014 Dr. Urs Sutter als ausserordentlicher Staatsanwalt eingesetzt werden. Erfreulich ist, dass die Zahl der überjährigen Pendenzen in der Berichtsperiode trotz hohen Arbeitsanfalls tief gehalten werden konnte.

Im Frühjahr 2012 konnte die Staatsanwaltschaft die neuen Räumlichkeiten im aufgestockten Polizeigebäude beziehen. Dadurch konnte die frühere Platznot behoben werden; Platzreserven sind jedoch keine vorhanden.

## 5. STAATSANWALTSCHAFT FÜR WIRTSCHAFTDELIKTE

Im Jahr 2012 ging bei der Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte 1 Fallkomplex aus Obwalden ein. Die Staatsanwaltschaft konnte 3 Fallkomplexe erledigen. Pendent blieben Ende 2012 5 Fallkomplexe; insgesamt war die Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte im Jahr 2012 zu 34 % ihrer Arbeitszeit für den Kanton Obwalden tätig. Im Jahr 2013 ging bei der Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte wiederum 1 neuer Fallkomplex ein. Die Staatsanwaltschaft konnte 3 Fallkomplexe erledigen. Ende 2013 blieben 3 Fallkomplexe hängig. Insgesamt war die Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte im Jahr 2013 zu 43 % für den Kanton Obwalden tätig. Ein pender Fall wurde durch den zusätzlich eingesetzten ausserordentlichen Staatsanwalt betreut.

Insgesamt hat die im Jahr 2012 wirksam gewordene Stellenaufstockung bei der Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte zu einer Reduktion der Pendenzen geführt. Die neue Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten der Kantone Obwalden, Nidwalden und Uri vom 12. Oktober 2012 hat die Leistungsfähigkeit der Behörde erheblich verbessert. Erschwert wurde die Arbeitserledigung jedoch zeitweise durch krankheitsbedingte Abwesenheiten. Ferner hat ein personeller Wechsel bei der polizeilichen Sachbearbeitung die effiziente Bearbeitung der Fälle erschwert, da das erforderliche Know-how beim Nachfolger zuerst wieder aufgebaut werden musste und sonst zu wenig Personalressourcen zur Verfügung standen. Einen positiven Effekt dürfte mittel- und langfristig die eingeführte digitale Dossiererfassung haben. Nach dem Gesagten muss weiterhin im Auge behalten werden, ob das einwandfreie Funktionieren der Behörde sichergestellt ist.

Es fanden in der Berichtsperiode regelmässige Sitzungen der administrativ und fachlich zuständigen Aufsichtsbehörden mit den verantwortlichen Organen des Kantons Nidwalden statt.

## 6. JUGENDSTRAFRECHTSPFLEGE

Die Jugendanwältin arbeitete in der Berichtsperiode mit einem Pensum von 40 %. Durch die Leistung von bewilligten Überstunden konnte sie einer drohenden Überlastung entgegenwirken. Ihr Pensum wurde, da es für die Aufgabenerfüllung nicht mehr genügte, im Jahr 2014 auf 60 % erhöht. Ferner zieht die Jugenanwältin insbesondere für den Vollzug von Erziehungsmassnahmen seit Mai 2011 Mitarbeitende des Sozialamtes hinzu. Der Einsatz von Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern hat sich bewährt, und die Kompetenz der Jugendanwaltschaft, solche im Einzelfall beizuziehen, soll im Rahmen der Evaluation der Justizreform gesetzlich verankert werden. Als Nachfolgerin des zurückgetretenen lic.iur. Jürg Boller wählte der Kantonsrat am 28. Juni 2013 lic.iur. Sandra Christen zur stellvertretenden Jugendanwältin.

In der Berichtsperiode hatte sich die Jugendanwaltschaft zunehmend mit dem Phänomen der Bandenkriminalität zu befassen. Diese Fälle, welche teilweise auch an

das Kantonsgericht als Jugendgericht gelangten, konnten in der Berichtsperiode abgeschlossen werden.

## 7. KANTONGERICHT

Auf den 30. Juni 2013 hin erklärte Kantonsgerichtspräsident II Dr. Guido Cotter infolge Erreichens des ordentlichen Pensionsalters seinen Rücktritt. Er war 1998 durch die letzte Landsgemeinde in das damals neu geschaffene Vollamt gewählt worden. Zuvor hatte er seit dem 1. August 1979 das Amt eines Verhörrichters bekleidet. Beim Kantonsgericht konnte er deshalb insbesondere sein Fachwissen und seine Erfahrung im Strafrecht einbringen. Er hat den Beschuldigten immer ein faires und korrektes Verfahren gewährleistet. Auch seine Tätigkeit in den weiteren von ihm zu bearbeitenden Rechtsgebieten war stets von Umsicht, Sorgfalt und Professionalität geprägt. Die Gerichte danken Dr. Guido Cotter bestens für die grosse Arbeit, die er in fast 34 Jahren in der Rechtspflege des Kantons Obwalden geleistet hat. Zu seinem Nachfolger wurde in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 lic.iur. Roland Infanger gewählt, welcher sein Amt am 1. Juli 2013 antrat. Die Geschäftsleitung nahm in der Berichtsperiode Kantonsgerichtspräsident I lic.iur. Lorenz Burch wahr, welcher durch das Obergericht am 19. Juni 2012 und am 20. Mai 2014 jeweils für zwei weitere Jahre in dieser Funktion bestätigt wurde.

Aus den Statistiken des Kantonsgerichts sowie den regelmässig dem Obergericht erstatteten Pendenzenberichten ergibt sich in der Berichtsperiode nach wie vor eine hohe Geschäftslast des Kantonsgerichts. Es ist weiterhin bemüht, die ältesten Pendenzen abzubauen. Per Ende 2012 gelang es zwar, die Zahl der Pendenzen gegenüber dem Vorjahr zu verringern. Es zeigt sich hier, dass die getroffenen Personalmassnahmen, insbesondere die Schaffung der Stelle eines dritten Präsidiums sowie der seit März 2009 erfolgte Einsatz einer Aushilfsgerichtsschreiberin sich positiv auswirkten. Entlastend wirkte auch der mit dem Rücktritt des bisherigen Präsidenten II verbundene Wegfall der Nebentätigkeit als Präsident der Anwaltskommission. Im Jahr 2013 nahmen die Pendenzen indessen wieder zu, da die Neueingänge erneut anstiegen und mehr Fälle eingingen, als erledigt werden konnten. Insbesondere bei den Präsidialfällen war im Jahr 2013 eine Zunahme der Eingänge gegenüber den letzten Jahren zu verzeichnen. Auf dem Gebiet der Miete und Pacht war ein Rückgang zu verzeichnen. Dieser wurde jedoch durch den Wiederanstieg der Eingänge der Zivilfälle vor dem Kantonsgericht kompensiert. Auch bei den Ehescheidungen blieben die Eingänge auf hohem Niveau; entsprechend nahmen die Pendenzen etwas zu. Nach einem zahlenmässigen Einbruch im Jahr 2011 stiegen in der Berichtsperiode auch die Eingänge bei den arbeitsvertraglichen Streitigkeiten trotz vorgeschalteter Vermittlung durch die Schlichtungsbehörde wieder an. Hingegen hatte das Kantonsgericht weniger Straffälle zu beurteilen.

Die Einführung einer neuen Geschäftsverwaltungssoftware im Winter 2013/2014 führte auch beim Kantonsgericht zu einer erheblichen Mehrbelastung. Zusätzlich erschwerten in der Berichtsperiode diverse Vorgänge im Personalbestand (Pensionierung des routinierten Kantonsgerichtspräsidenten II, Einarbeitung des Nachfolgers, Besuch des zweijährigen Lehrgangs „Judikative“ durch die Präsidentin III, Personalwechsel und Ausfälle aufgrund von Mutterschaften von Gerichtsschreibe-

rinnen mit jeweils anschliessender Pensenreduktion) beim Kantonsgericht die zeitgerechte Erledigung der Verfahren. Diese Belastungen, insbesondere durch Ausfälle wegen Mutterschaftsurlauben und Weiterbildung des Präsidenten II, halten weiterhin an. Ferner hat die Justizreform in vielen Bereichen zu aufwendigeren Verfahren geführt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass ein künftiger Anstieg der Arbeitsbelastung durch die Revision des Sorge- und Unterhaltsrechts im ZGB nicht auszuschliessen ist. Schliesslich ist für den Winter 2014/2015 die Einführung einer neuen Suchmaschine für die juristische Recherche bei den Gerichten vorgesehen. Das entsprechende Projekt wird auch beim Kantonsgericht vorerst Kapazitäten binden. Es wird aber erwartet, dass diese Massnahme schon bald nach ihrer Einführung positive Auswirkungen auf die Arbeitserledigung zeitigen wird. Angesichts der hohen Geschäftslast und der erwähnten Zusatzbelastungen beantragt das Obergericht dem Kantonsrat mit dem Budget 2015, die seit März 2009 bestehende Aushilfsgerichtsschreiberstelle mit einem Pensum von 60 % in eine ordentliche Stelle umzuwandeln.

## 8. OBERGERICHT UND VERWALTUNGSGERICHT

An seiner Sitzung vom 31. Mai 2012 überwies der Kantonsrat eine Motion betreffend Schaffung zweier personell unabhängiger Gerichtspräsidien am Obergericht und Verwaltungsgericht mit gegenseitiger Stellvertretung in Form eines Postulats. Das im Kantonsrat unbestrittene Anliegen strebte insbesondere eine Lösung für die Stellvertreterproblematik an: Auch im Falle des Ausstands oder sonstiger Verhinderung des Gerichtspräsidenten solle inskünftig das Gericht durch eine Person mit juristischer Ausbildung präsiert werden. Am 6. Dezember 2012 bewilligte der Kantonsrat auf Antrag der Rechtspflegekommission und des Obergerichts im Rahmen der Beratung des Budgets der Gerichte 2013 die Schaffung eines zweiten, ausserordentlichen Gerichtspräsidiums für das Ober- und Verwaltungsgericht mit einem 50 %-Pensum. Am 13. März 2013 wählte der Kantonsrat gestützt auf Art. 13 Abs. 4 GOG einen ausserordentlichen Gerichtspräsidenten II für das Ober- und Verwaltungsgericht für den Rest der Amtsdauer bis 2016. Der Gewählte, Dr. Stefan Keller, trat seine Stelle am 1. Juli 2013 an.

Mit der Schaffung des zweiten Gerichtspräsidiums wurde im Interesse der Effizienz eine gewisse Spezialisierung der Gerichtspräsidien angestrebt. Dem neuen Gerichtspräsidium wurden die Gebiete des Sozialversicherungsrechts und des Steuerrechts sowie die Aufgaben der Beschwerdeinstanz in Strafsachen zugewiesen. Die getroffene Massnahme hat sich bewährt. Sie trägt der gestiegenen Geschäftslast der beiden höchsten kantonalen Gerichte, welche in einer teilweise zunehmenden Komplexität der Fälle und wachsendem Aktenumfang zum Ausdruck kam, Rechnung. Sie berücksichtigt auch den in den letzten Jahren gestiegenen Aufwand für die Wahrnehmung der Aufsicht über die unterstellten Behörden und für die Gerichtsverwaltung. Die Schaffung eines zweiten Präsidiums hat sich bereits in der Berichtsperiode positiv auf die Verfahrensdauern und die Pendenzenlast ausgewirkt. Gelöst wurde damit auch die Ausstandsproblematik. Namentlich kann gemäss Art. 21 Abs. 2 StPO nicht als Mitglied des Berufungsgerichts wirken, wer bereits als Mitglied der Beschwerdeinstanz tätig geworden ist. Vor der Schaffung eines zweiten Gerichtspräsidiums musste in solchen anspruchsvollen Fällen,

in welchen im Anschluss an eine öffentliche Gerichtsverhandlung über die Strafbarkeit der angeklagten Person entschieden wird, beim Obergericht als Berufungsinstanz das nicht berufsmässig für das Gericht tätige Vizepräsidium oder ein Mitglied des Gerichts die Verfahrensleitung wahrnehmen. Im Rahmen der Evaluation der Justizreform wird der Kantonsrat noch im laufenden Jahr über die Überführung des zweiten Gerichtspräsidiums in eine ordentliche Stelle durch eine Änderung der Gesetzgebung befinden.

Erheblichen Zeitaufwand verursachte in der Berichtsperiode und darüber hinaus die erwähnte Evaluation der Justizreform (vgl. auch vorne, Ziff. 1), welche sich zu einem recht umfangreichen Vorhaben mit zahlreichen Vorschlägen für Änderungen des geltenden Rechts entwickelte.

Auch die Einführung der neuen Geschäftsverwaltungssoftware sowie die Abklärungen im Hinblick auf die Einführung eines neuen Computerprogramms für die juristische Recherche nahmen das Obergericht und das Verwaltungsgericht zeitlich stark in Anspruch. Letzteres Projekt wurde im Herbst 2014 gestartet und soll im Frühjahr 2015 seinen Abschluss finden; es beinhaltet auch den Ersatz der bisher im Einsatz stehenden Bibliothekssoftware.

## ***D. AUSZÜGE AUS GERICHTSENTSCHEIDEN***

### INHALTSÜBERSICHT

### Nummern

|      |                                    |       |
|------|------------------------------------|-------|
| I.   | Gerichtsorganisation               | 1–2   |
| II.  | Zivilrecht                         | 3–6   |
| III. | Zivilrechtspflege                  | 7–11  |
| IV.  | Schuldbetreibung und Konkurs       | 12–15 |
| V.   | Strafrecht                         | 16–18 |
| VI.  | Strafrechtspflege                  | 19–24 |
| VII. | Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht | 25    |

# I. GERICHTSORGANISATION

1

## **Richtlinien über die Information der Öffentlichkeit und den Verkehr mit den Medien (RIVM)**

vom 11. Dezember 2012

*Das Obergericht,*

in Ausführung von Art. 30 Abs. 3 BV<sup>1</sup>, Art. 54 ZPO<sup>2</sup> und Art. 69 ff. und Art. 74 StPO<sup>3</sup>,

gestützt auf Art. 24 Abs. 3 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vom 22. September 1996<sup>4</sup>,

*beschliesst:*

### **1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

#### **Art. 1** *Zweck und Geltungsbereich*

<sup>1</sup> Diese Richtlinien regeln die Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der kantonalen Gerichte. Sie bezwecken, die Rechtsprechung und die Gerichtsverwaltung transparent zu machen und die Arbeit der über die Gerichte berichtenden Journalistinnen und Journalisten zu erleichtern.

<sup>2</sup> Sie gelten für das Obergericht, das Verwaltungsgericht und das Kantonsgericht.

<sup>3</sup> Die Staatsanwaltschaft erlässt für ihren Geschäftsbereich eigene Richtlinien.

#### **Art. 2** *Grundsätze und Zuständigkeit*

<sup>1</sup> Die Gerichte informieren objektiv und sachlich. Sie wahren dabei die berechtigten Interessen der Parteien und der anderen Verfahrensbeteiligten.

<sup>2</sup> Wenn nötig informieren die Gerichte mit Medienmitteilungen, Interviews oder ausnahmsweise über Medienkonferenzen.

<sup>3</sup> Die Information in einem Verfahren erfolgt durch die Verfahrensleitung des zuständigen Gerichts. Über Fragen allgemeiner Natur informieren das geschäftslei-

---

<sup>1</sup> SR 101

<sup>2</sup> SR 272

<sup>3</sup> SR 312.0

<sup>4</sup> GDB 134.1

tende Präsidium des jeweiligen Gerichts oder, wenn die Justiz als Institution betroffen ist, das Präsidium des Obergerichts.

### **Art. 3** *Bild- und Tonaufnahmen*

Bild- und Tonaufnahmen während der Verhandlungen im Gerichtsgebäude und von Verfahrenshandlungen ausserhalb des Gerichtsgebäudes sind nicht gestattet. Widerhandlungen können mit Ordnungsbusse bestraft werden.

## **2. Abschnitt: Öffentlichkeit des Verfahrens**

### **Art. 4** *Anwendbares Recht*

Die Prozessordnungen regeln die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen und der Urteilsverkündung im Einzelnen.

### **Art. 5** *Information der Öffentlichkeit*

<sup>1</sup> Zeitpunkt und Gegenstand der öffentlichen Verhandlungen werden im Internet bekannt gemacht.

<sup>2</sup> Ist das Verfahren öffentlich, so informiert das zuständige Gericht durch mündliche Eröffnung des Entscheids und/oder durch Auflage des Entscheiddispositivs in der Gerichtskanzlei.

<sup>3</sup> Die Dispositive der Endentscheide, die in einem öffentlichen Verfahren ergangen sind, können während 30 Tagen nach ihrer Eröffnung in der Gerichtskanzlei eingesehen werden.

<sup>4</sup> Stehen der Einsichtnahme schützenswerte Interessen entgegen, so kann ein Entscheiddispositiv auf Anordnung der Verfahrensleitung hin anonymisiert oder nur auszugsweise aufgelegt werden, oder es kann auf die Auflage ganz verzichtet werden.

<sup>5</sup> Die Einsichtnahme durch akkreditierte Journalistinnen und Journalisten richtet sich nach Art. 11 dieser Richtlinien.

### **Art. 6** *Veröffentlichung von Entscheiden*

Das Obergericht und das Verwaltungsgericht veröffentlichen Entscheide, die für die Rechtsfortbildung oder sonst wie von besonderer Bedeutung sind, anonymisiert in einer amtlichen Entscheidsammlung sowie im Internet.

## **3. Abschnitt: Gerichtsberichterstattung**

### **Art. 7** *Grundsatz*

<sup>1</sup> Die Gerichtsberichterstattung hat auf die schutzwürdigen Interessen der am Verfahren beteiligten Personen Rücksicht zu nehmen. Deren Persönlichkeitsrechte und Privatsphäre sowie in Strafsachen die Unschuldsvermutung sind zu wahren. Namen dürfen in der Berichterstattung grundsätzlich nicht erwähnt werden.

<sup>2</sup> Massgebend sind insbesondere die Richtlinien des Schweizer Presserats zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten.

#### **Art. 8**     *Akkreditierung*

<sup>1</sup> Journalistinnen und Journalisten, die regelmässig für in der Schweiz erscheinende oder niedergelassene Medien über die Rechtsprechung eines Gerichts Bericht erstatten wollen, können bei der Verfahrensleitung des zuständigen Gerichts oder beim Präsidium des Obergerichts ein schriftliches Gesuch um Akkreditierung einreichen.

<sup>2</sup> Über das Gesuch entscheidet die Verfahrensleitung des zuständigen Gerichts oder das Präsidium des Obergerichts. Erfolgt die Akkreditierung für das Obergericht, so wirkt diese auch für das Verwaltungsgericht und das Kantonsgericht.

#### **Art. 9**     *Voraussetzungen der Akkreditierung*

<sup>1</sup> Mit dem Akkreditierungsgesuch hat die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller folgende Unterlagen einzureichen:

- a. einen Lebenslauf mit Fotografie;
- b. eine Bestätigung des Arbeitgebers, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller die Akkreditierung benötigt, oder die Beschreibung der Tätigkeit als freiberufliche Journalistin oder als freiberuflicher Journalist;
- c. eine Kopie des Presseausweises oder die Bestätigung der Akkreditierung bei einem eidgenössischen Gericht.

<sup>2</sup> Die Akkreditierung wird erteilt, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung im Berufsregister erfüllt sind.

<sup>3</sup> Sie kann verweigert werden, wenn begründete Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers bestehen.

#### **Art. 10**    *Aufhebung der Akkreditierung und Sanktionen*

<sup>1</sup> Die Akkreditierung wird aufgehoben, wenn die Voraussetzungen für deren Erteilung nicht mehr gegeben sind.

<sup>2</sup> Wer nicht mehr über die kantonalen Gerichte berichtet, hat dies der Akkreditierungsbehörde mitzuteilen.

<sup>3</sup> Akkreditierte Journalistinnen und Journalisten, die gegen diese Richtlinien verstossen, können verwarnet werden.

<sup>4</sup> In schweren Fällen kann die Akkreditierung vorübergehend oder für immer entzogen werden.

#### **Art. 11**    *Dienstleistungen der Gerichte*

<sup>1</sup> Die akkreditierten Journalistinnen und Journalisten erhalten von den Gerichten in öffentlichen Verfahren grundsätzlich die folgenden Dienstleistungen:

- a. auf Anfrage hin die Möglichkeit zur Einsichtnahme in die begründeten Endentscheide während 30 Tagen nach ihrer Eröffnung auf der Gerichtskanzlei;
- b. auf Anfrage hin in Strafsachen eine Kopie der Anklageschrift;
- c. auf Anfrage hin eine Kopie des nach einer öffentlichen Verhandlung ergangenen, den Parteien eröffneten Entscheids, falls die Journalistin oder der Journalist an der Verhandlung teilgenommen hat;
- d. auf Anfrage hin einen reservierten Platz im Gerichtssaal, sofern die räumlichen Verhältnisse dies erlauben;
- e. die Möglichkeit zur Erstellung von Kopien während der öffentlichen Verhandlungen.

<sup>2</sup> In den Fällen von lit. b und lit. c hat die Journalistin oder der Journalist die erhaltenen Unterlagen innert 14 Tagen nach Erhalt an das Gericht zurückzusenden; die Unterlagen dürfen nicht anderen Journalistinnen und Journalisten oder Dritten zugänglich gemacht werden.

<sup>3</sup> Stehen der Einsichtnahme schützenswerte Interessen entgegen, so kann die Verfahrensleitung des zuständigen Gerichts die Einsichtnahme in Anklageschrift und Entscheid einschränken.

<sup>4</sup> Ferner erhalten interessierte Medien mit akkreditierten Journalistinnen und Journalisten:

- a. den Amtsbericht über die Rechtspflege und die zur Veröffentlichung bestimmten Entscheide;
- b. Medienmitteilungen und Einladungen zu Medienkonferenzen;

#### **Art. 12** *Sperrfrist*

Die Verfahrensleitung des zuständigen Gerichts kann für die Berichterstattung eine Sperrfrist vorsehen.

### **4. Abschnitt: Schlussbestimmungen**

#### **Art. 13** *Übergangsbestimmung*

Journalistinnen und Journalisten, die nach bisherigem Recht akkreditiert wurden, ist die Berichterstattung unter Vorbehalt von Art. 10 dieser Richtlinien vor dem jeweiligen Gericht weiterhin gestattet.

#### **Art. 14** *Aufhebung bisherigen Rechts*

Die Richtlinien des Obergerichts über den Umgang mit den Medien vom 31. Oktober 1984 werden aufgehoben.

#### **Art. 15** *Inkrafttreten*

Diese Richtlinien treten am 1. Januar 2013 in Kraft.

**Art. 102 Abs. 1 StPO; Art. 27 Abs. 3 GOG**

**Für die Bewilligung der Einsichtnahme in Gerichtsakten ist in Strafsachen sowohl in hängigen als auch in abgeschlossenen Fällen die Verfahrensleitung zuständig.**

Entscheid des Obergerichtsvizepräsidenten vom 26. Oktober 2012

Aus den Erwägungen:

1. Die gesuchstellende Behörde verlangt Einsicht in die Akten des Strafverfahrens gegen A., welches mit Urteil des Obergerichts vom 14. Februar 2011 abgeschlossen wurde (A 10/027). Die gesuchstellende Behörde war in diesem Strafverfahren selbst nicht Partei. In Frage steht vorliegend somit die Einsichtnahme einer am Verfahren nicht beteiligten Behörde in die Akten eines abgeschlossenen Strafverfahrens.

1.1 Nach Art. 101 Abs. 2 StPO können Behörden die Akten einsehen, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Dritte können die Akten einsehen, wenn sie dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Über die Akteneinsicht entscheidet die Verfahrensleitung (Art. 102 Abs. 1 StPO). Diese Bestimmungen gelten für die Akteneinsicht bei hängigen Verfahren. Die Einsicht in Akten bereits rechtskräftig abgeschlossener Verfahren regelt die StPO im Gegensatz zum Vorentwurf nicht. Der Vorentwurf verwies in Art. 113 Abs. 5 für die Einsicht in Akten letztinstanzlich abgeschlossener Strafverfahren auf die Bestimmungen über die Akteneinsicht in laufende Verfahren. Die Meinungen darüber, ob die Bestimmungen der StPO über die Akteneinsicht in hängige Verfahren analog auf bereits abgeschlossene Verfahren anzuwenden sind oder ob in diesen Fällen das kantonale Recht, insbesondere das Datenschutz- bzw. Archivrecht zur Anwendung gelangen soll, divergieren in der Lehre (vgl. Niklaus Schmid, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2009, N. 11 zu Art. 102 StPO; Markus Schmutz, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, N. 2 zu Art. 103 StPO).

1.2 Das kantonale Recht regelt die Akteneinsicht in Art. 27 Abs. 3 GOG. Danach setzt die Einsichtnahme in Gerichtsakten ein schützenswertes Interesse und die Bewilligung des zuständigen Gerichts voraus. Der Einsichtnahme dürfen keine wichtigen privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen. Die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung der Akteneinsicht gestützt auf Art. 27 Abs. 3 GOG stimmen mit den Voraussetzungen gemäss Art. 101 Abs. 2 StPO überein. Beide Bestimmungen setzen eine Interessenabwägung voraus. In materieller Hinsicht spielt es deshalb keine Rolle, welche Bestimmungen für die Beurteilung von Akteneinsichtsgesuchen bei abgeschlossenen Verfahren angewendet werden und

es spricht nichts gegen eine analoge Anwendung der Bestimmungen der StPO. Die Wahl der anzuwendenden Bestimmungen ist jedoch bezüglich der Zuständigkeitsordnung von Bedeutung. Während nach Art. 102 Abs. 1 StPO die Verfahrensleitung über die Akteneinsicht entscheidet, sieht Art. 27 Abs. 3 GOG die Zuständigkeit des Gerichts vor. Nach der bisherigen kantonalen Regelung war für den Entscheid über die Akteneinsicht Dritter das Präsidium des urteilenden Gerichts zuständig (Art. 21 Abs. 2 aStPO OW). Würden für die Akteneinsicht bei abgeschlossenen Straffällen die Bestimmungen von Art. 101 f. StPO analog angewendet, könnte die bisherige Zuständigkeitsordnung beibehalten werden, was sich nicht zuletzt auch aus Praktikabilitätsgründen rechtfertigen würde. Insbesondere in Strafverfahren ist, auch nach Verfahrensabschluss, mit zahlreichen Akteneinsichtsgesuchen von Haftpflichtversicherungen zu rechnen. Müsste in solchen Fällen jedes Mal das Gericht einen Entscheid fällen, würde dies zu dessen erheblichen Mehrbelastung führen. Eine solche Zusatzbelastung könnte durch die Anwendung der Bestimmungen der StPO und Beibehaltung der Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten vermieden werden. Darüber hinaus ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb für die Behandlung von Akteneinsichtsgesuchen für abgeschlossene Fälle eine andere Zuständigkeitsregelung gelten sollte als für laufende Verfahren. Nach dem Gesagten und insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch der Vorentwurf zur StPO vorsah, Akteneinsichtsgesuche für laufende und abgeschlossene Verfahren nach den gleichen Regeln zu behandeln, scheint es sachgerecht, Art. 101 und 102 StPO auf Gesuche um Einsichtnahme in rechtskräftig abgeschlossene Verfahren analog anzuwenden.

## II. ZIVILRECHT

3

### **Art. 285 ZGB**

**Festlegung des Grundbetrages des in Deutschland mit Ehefrau und zwei Kindern lebenden und arbeitenden Unterhaltsschuldners einer in der Schweiz wohnhaften Tochter.**

Entscheid des Obergerichts vom 3. Oktober 2012

Aus den Erwägungen:

4.3.1 Der Berufungskläger ist verheiratet und hat neben der Berufungsbeklagten zwei weitere, eheliche Kinder. Sein Sohn L. ist drei Jahre alt. Sein zweites eheliches Kind, Sohn F. ist am 15. August 2011 zur Welt gekommen. Der Berufungskläger lebt mit seiner Ehefrau und den beiden Söhnen in einem gemeinsamen Haushalt in Deutschland.

Hat der Unterhaltspflichtige wie vorliegend für den Unterhalt mehrerer Kinder aufzukommen, ist bei der Berechnung des Bedarfs der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Aus Art. 285 ZGB leitet das Bundesgericht den Grundsatz ab, dass alle unterhaltsberechtigten unmündigen Kinder eines Elternteils im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich zu behandeln sind. Bei der Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge ist aber auch in solchen Fällen das betriebsrechtliche Existenzminimum des Unterhaltsschuldners zu wahren (BGE 126 III 353, E. 3.2.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diesen Grundsätzen dadurch Rechnung zu tragen, dass zur Ermittlung der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, insbesondere bei angespannten finanziellen Verhältnissen, die kinderbezogenen Positionen (Grundbeiträge, Krankenkassenprämien) der mit ihm im gleichen Haushalt lebenden Kinder bei seiner Bedarfsberechnung nicht berücksichtigt werden. Abzustellen ist allein auf den betriebsrechtlichen Grundbedarf des Unterhaltsschuldners. Dabei sind neben dem Grundbetrag auch die weiteren Positionen des Grundbedarfs nur soweit zu berücksichtigen, als sie für den Unterhaltsschuldner selbst massgeblich sind. Auch die für die Bedürfnisse des Ehegatten anfallenden Ausgaben sind bei der Bedarfsberechnung des Unterhaltsschuldners auszuklammern. So ist dem Unterhaltsschuldner nur die Hälfte des Ehegattengrundbetrags und entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seines Ehegatten lediglich ein angemessener Anteil an den gesamten Wohnkosten als sein Existenzminimum anzurechnen. Der neue Ehegatte des Unterhaltsschuldners soll gegenüber dessen Kindern nicht privilegiert werden, da die Unterhaltspflichten gegenüber unmündigen Kindern den anderen Unterhaltspflichten im Allgemeinen vorgehen (vgl. BGE 137 III 59, E. 4.2; 127 III 68, E. 2c; Hausheer/Spycher in: Heinz Hausheer/Annette Spycher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N. 08.27 ff. und 08.32; Wullschleger, in: Ingeborg Schwenzer, FamKomm Scheidung, Bern 2011, N. 43 zu Art. 285 ZGB).

4.3.2 Für die Bedarfsberechnung wird praxisgemäss auf die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 24. Juli 2009 (Richtlinien) abgestellt. Nach dem Gesagten ist bei der Bemessung des Bedarfs des Berufungsklägers vom hälftigen Ehegattengrundbetrag auszugehen, um eine Benachteiligung eines seiner Kinder zu vermeiden. Der Grundbetrag für ein Ehepaar beträgt gemäss Ziff. I der Richtlinien Fr. 1'700.--. Dem Berufungskläger ist somit ein Grundbetrag in Höhe von Fr. 850.-- anzurechnen. Ein Grund, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen, wie der Berufungskläger geltend macht, ist nicht ersichtlich. Dass der Bedarf der Ehefrau des Berufungsklägers bei der Bemessung seines Existenzminimums nicht mitberücksichtigt wird, bedeutet nicht, dass die ehelichen Kinder im Ergebnis benachteiligt werden. Der Tatsache, dass die Ehefrau des Berufungsklägers nicht erwerbstätig ist und ihr aufgrund der Kinderbetreuung eine Arbeitstätigkeit auch nicht zugemutet werden kann, wird bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs bzw. der betragsmässigen Festsetzung der Unterhaltsansprüche der einzelnen Kinder Rechnung getragen. So wird auf die konkreten Bedürfnisse der einzelnen Kinder abgestellt und dabei auch die Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils berücksichtigt. Der Argumentation des Berufungsklägers kann daher nicht gefolgt werden. Auch die Grundbeiträge der in seiner Familie lebenden Kinder sind wie dargelegt bei seinem Bedarf nicht zu berücksichtigen. Dies hat die Vorinstanz verkannt, indem sie zum Bedarf des Berufungsklägers auch für seinen älteren Sohn L. ermessensweise

einen Grundbetrag sowie einen Betrag für Krankenkassenprämien hinzugerechnet hat.

4.3.3/4.3.3.1 Der Berufungskläger lebt und arbeitet in Deutschland. Lebt ein Unterhaltsschuldner im Ausland, ist bei der Bedarfsberechnung das allenfalls tiefere oder höhere Niveau der dortigen Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen. Die unterschiedlichen Lebensstandards in den verschiedenen Staaten werden praxisgemäss anhand der statistisch erhobenen Verbrauchergeldparitäten bzw. internationaler Kaufkraftvergleiche ermittelt. Verwendung finden die Erhebungen internationaler Grossbanken (z.B. die von der UBS AG veröffentlichte Studie "Preise und Löhne. Ein Kaufkraftvergleich rund um die Welt") oder die Angaben des Bundesamtes für Statistik (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_384/2007 vom 3. Oktober 2007; 5A\_736/2007 vom 20. März 2008, E. 3.2; 5A\_99/2009 vom 15. April 2009; Peter Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar ZGB I, Zürich 2010, N. 27 zu Art. 285 ZGB). Ebenfalls hinzugezogen werden kann laut Bundesgericht der vom Bundesamt für Migration (BFM) für Deutschland herausgegebene Lebenskostenvergleich (Dossier "Leben und Arbeiten in Deutschland"), auf welchen der Berufungskläger hinweist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_736/2007 vom 20. März 2008).

Bei der Festlegung des Grundbetrages des Berufungsklägers ist demnach dem tieferen Niveau der Lebenskosten in Deutschland Rechnung zu tragen. Der Kantonsgerichtspräsident hat für die Anpassung des Grundbedarfs an die deutschen Lebenskosten auf den Kaufkraftvergleich der UBS abgestellt. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden und erscheint insbesondere deshalb sachgerecht, weil die Studie der UBS AG, das Preisniveau nicht nur für Deutschland im Durchschnitt, sondern auch für einzelne Städte angibt. Hingegen gibt die konkrete Berechnung der Vorinstanz zu gewissen Beanstandungen Anlass. Der Kantonsgerichtspräsident hat seinen Berechnungen den im Jahr 2010 geltenden Wert für die Stadt München mit Miete (73.7) zugrunde gelegt. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Kosten für die Miete im Existenzminimumsgrundbetrag nicht enthalten sind, sondern im Einzelfall in ihrer effektiven Höhe als Zuschlag zum Grundbetrag hinzugezählt werden (vgl. Richtlinien Ziff. II). Entsprechend ist, wie der Berufungskläger richtigerweise vorbringt, auf den Wert ohne Miete abzustellen. Nicht berücksichtigt hat die Vorinstanz sodann die Tatsache, dass dem Kaufkraftvergleich der UBS das Preisniveau der Stadt Zürich als Vergleichsbasis dient, dieses jedoch nicht die durchschnittlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz und insbesondere des Kantons Obwalden wiedergibt. Ebenfalls nicht beachtet hat der Kantonsgerichtspräsident, dass das Preisniveau in Deutschland verglichen mit der Schweiz im Jahr 2009 noch ca. 10 % höher lag als in den Jahren 2010 und 2011. Da die Berufungsklage bereits ab 1. September 2009 Unterhaltsbeiträge einfordert, hätte das im Jahr 2009 im Vergleich zu den Folgejahren höhere Preisniveau bei der Anpassung an die deutschen Lebenskosten berücksichtigt werden müssen. Dies gilt es bei den nachfolgenden Berechnungen zu beachten.

4.3.3.2 Wie ausgeführt, kann für die Anpassung des Grundbedarfs des Berufungsklägers auf die Kaufkraftvergleiche der UBS abgestellt werden (abrufbar unter: [http://www.ubs.com/global/de/wealth\\_management/wealth\\_management\\_research/prices\\_earnings.html](http://www.ubs.com/global/de/wealth_management/wealth_management_research/prices_earnings.html)). Massgeblich ist der Wert ohne Miete. Dieser Wert betrug im Jahr 2009 für München 85.1 und für Frankfurt 83.7. Beide Städte liegen

etwa in gleicher Entfernung zu W. und L., den Wohn- bzw. Arbeitsorten des Berufungsklägers. Deshalb erscheint es gerechtfertigt als Referenzwert von einem Durchschnitt dieser beiden Werte von rund 84 auszugehen. Dieser Wert kann im vorliegenden Fall allerdings nicht eins zu eins angewendet werden. Zu beachten ist einerseits, dass in der Studie der UBS AG die Stadt Zürich als Vergleichsbasis dient und dass insbesondere im Kanton Obwalden die Lebenskosten wesentlich tiefer sind als in der Stadt Zürich. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Wohnort des Berufungsklägers im Grenzgebiet zur Schweiz liegt, wo das Preisniveau regelmässig etwas höher ist als im Landesinnern. Deshalb rechtfertigt es sich, den besagten Wert um ca. 10 % zu erhöhen. Für die Bemessung des Grundbedarfs des Berufungsklägers ist daher vorliegend für das Jahr 2009 anstatt von einem rund 15 % tieferen durchschnittlichen Lebenskostenaufwand bzw. von einem Wert von 84 von einem lediglich um 5 % reduzierten Aufwand auszugehen. Für das Jahr 2010 betragen die massgebenden Werte des Kaufkraftvergleichs der UBS für München und Frankfurt 76.5 bzw. 75.3 und für das Jahr 2011 73.8 bzw. 72.6. Da die Durchschnittswerte für die Jahre 2010 (76) und 2011 (73) im Gegensatz zum Durchschnittswert des Jahres 2009 nur gering voneinander abweichen, erscheint es angemessen, vorliegend von einem Gesamtdurchschnitt dieser Werte auszugehen. Als Basis für die Jahre 2010 und 2011 dient somit ein Durchschnittswert von 75. Auch dieser Wert ist aus den dargelegten Gründen um 10 % zu erhöhen, sodass für die Jahre 2010 und 2011 von einem um 15 % reduzierten Lebenskostenaufwand auszugehen ist. Eine Reduktion der Lebenskosten in dieser Höhe erscheint auch mit Blick auf den vom BFM im Dossier "Leben und Arbeiten in Deutschland" publizierten Lebenskostenvergleich angemessen (abrufbar unter: <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/aus-wanderung/arbeiten/lebenarbeiten-DEud.pdf>). Darin wird auf den Lebenskostenindex des EDA verwiesen, welchem Bern als Vergleichsbasis zugrunde liegt. Der entsprechende Wert für Frankfurt betrug im Jahr 2010 86.1.

4.3.3.3 Insgesamt beträgt der kaufkraftbereinigte, den Verhältnissen des Berufungsklägers angepasste Grundbetrag für das Jahr 2009 rund Fr. 808.-- (95 % des hälftigen Ehegattengrundbetrags von Fr. 850.--) und für die Jahre 2010 und 2011 Fr. 723.-- (85 % von Fr. 850.--). Das tiefere Preisniveau und damit die tieferen Lebenskosten der letzten beiden Jahre sind u.a. wesentlich auf den tiefen Eurokurs zurückzuführen. Momentan ist nicht davon auszugehen, dass der Eurokurs in nächster Zeit wieder steigen wird, weshalb auch für das Jahr 2012 von einem Grundbetrag von Fr. 723.-- auszugehen ist.

4

#### **Art. 580 ZGB**

**Die Frist für die Stellung des Gesuchs um öffentliches Inventar kann nicht verlängert werden (E. 2–4). Rechtsmittelweg (E. 5).**

Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 16. Oktober 2012

Sachverhalt:

Am 31. März 2012 verstarb in Luzern C. Der Verstorbene hinterliess keine letztwillige Verfügung. Mit Erklärung vom 14. Mai 2012 schlugen sämtliche Nachkommen die Erbschaft aus, nicht aber die Ehefrau des Verstorbenen, K.

Mit Beschluss vom 25. Juni 2012 stellte der Einwohnergemeinderat Sachseln fest, dass die Erbschaft des C. sel. durch alle Nachkommen ausgeschlagen worden sei. Ferner wies der Einwohnergemeinderat darauf hin, dass der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen habe und sich gemäss Art. 572 ZGB der Anteil der Ausschlagenden vererbe, wie wenn sie den Erbfall nicht erlebt hätten. Mangels anderer Verfügung träten an die Stelle der ausschlagenden gesetzlichen Erben deren Nachkommen. Der Anteil und somit die Ausschlagungsbefugnis falle demnach beim ausschlagenden Erben D. an dessen Tochter M., geb. 4. Juni 2009.

Bereits am 21. Juni 2012 hatte die Vormundschaftsbehörde Ebikon für M. eine Teilungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB angeordnet, weil ihr Vater die Erbschaft ausgeschlagen hatte.

Mit Beschluss vom 1. Oktober 2012 gewährte der Einwohnergemeinderat Sachseln der gesetzlichen Erbin M., vertreten durch die Beiständin S., eine neue Frist für die Ausschlagung der Erbschaft von C. Er hielt fest, die neue Ausschlagungsfrist dauere zwei Monate und beginne mit dem Tag der Zustellung des Beschlusses. Zur Begründung führte der Einwohnergemeinderat aus, die Ausschlagungsfrist für M. habe mit dem Zeitpunkt der Einsetzung der Teilungsbeiständin, also mit dem Entscheid der Vormundschaftsbehörde Ebikon vom 21. Juni 2012 begonnen. Die Ausschlagungsfrist von drei Monaten sei demzufolge für M. am 21. September 2012 abgelaufen. Gemäss Art. 576 ZGB könne aber die zuständige Behörde einem gesetzlichen Erben aus wichtigen Gründen für die Ausschlagung eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen. Vorliegend komme nur eine neue Fristansetzung in Betracht. In Ausübung seines Ermessens erachtete der Einwohnergemeinderat das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Ansetzung einer neuen Frist als gegeben.

Am 11. Oktober 2012 stellte S. als Beiständin von M. beim Obergericht ein Gesuch um Errichtung eines öffentlichen Inventars.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 89 Abs. 1 EG ZGB ist das Gesuch um Errichtung eines öffentlichen Inventars an das Obergerichtspräsidium zu richten. Dieses entscheidet über das Gesuch und betraut im Falle der Genehmigung das Konkursamt mit der Durchführung. Das an das Obergericht gerichtete Gesuch ist deshalb durch das Obergerichtspräsidium entgegenzunehmen und zu behandeln.

2. Nach Art. 580 ZGB ist jeder Erbe, der die Befugnis hat, die Erbschaft auszuschlagen, berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen (Abs. 1). Das Begehren muss binnen Monatsfrist in der gleichen Form wie die Ausschlagung bei der zuständigen Behörde angebracht werden (Abs. 2). Beim handlungsunfähigen Erben

beginnt der Fristenlauf mit der entsprechenden Kenntnis seines gesetzlichen Vertreters (Daniel Abt, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N. 10 zu Art. 580 ZGB und Tarkan Göksu, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N. 3 zu Art. 567 ZGB). Wie schon der Einwohnerrat Sachseln in seinem Beschluss vom 1. Oktober 2012 hinsichtlich der Ausschlagungsfrist für M. festgehalten hat, begann die Frist für die Einreichung eines Gesuchs um öffentliches Inventar mit dem Zeitpunkt der Einsetzung der Teilungsbeiständin, also mit dem Entscheid der Vormundschaftsbehörde Ebikon vom 21. Juni 2012. Die Frist für die Stellung des Gesuchs um öffentliches Inventar ist demnach am 21. Juli 2012 abgelaufen. Verlängerungen der Ausschlagungsfrist können sich nach herrschender Lehre nicht auf die Antragsfrist für das öffentliche Inventar auswirken (Urs Engler, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2011, N. 11 zu Art. 580 ZGB mit zahlreichen Hinweisen).

3. Die Gesuchstellerin stellt kein Gesuch um Wiederherstellung der Frist oder um Fristverlängerung aus wichtigen Gründen. Selbst wenn ein solches Gesuch gestellt worden wäre, müsste es indessen abgewiesen werden. Die Möglichkeit einer Verlängerung oder Restitution der Frist für die Stellung des Begehrens für das öffentliche Inventar ist im ZGB nicht vorgesehen. Ob darin eine Gesetzeslücke zu erblicken ist, ist kontrovers. Das Bundesgericht schützte in seiner bisherigen Praxis die Behörden, welche den Beschwerdeführern die Wiederherstellung der Frist verweigert hatten (vgl. BGE 104 II 251 f.; Kurt Wissmann, in: Basler Kommentar ZGB, Basel 2011, N. 12 zu Art. 580 ZGB). Gegen eine Verlängerung und die Wiederherstellung der Frist sprechen die Umstände, dass es den Erben zugemutet werden kann, das öffentliche Inventar während der vom Gesetz anberaumten Monatsfrist zu verlangen. Denn mit der Stellung des Begehrens geht der Erbe kein grosses Risiko ein; er schiebt damit lediglich den definitiven Entscheidungstermin hinaus. Die Fristversäumnis bringt den Erben beim öffentlichen Inventar lediglich um eine Annehmlichkeit, währendem sie bei der Ausschlagung für ihn eine Gefahr in sich bergen kann. Zu Recht wird deshalb im Schrifttum kritisiert, dass immer wieder versucht worden sei, auf Umwegen eine Verlängerung der Frist zu erreichen, und dass auch Behörden Fristverlängerungen gelegentlich nicht nur aus wichtigen Gründen bewilligt hätten, sondern weil sich Erben in ihren Erwartungen getäuscht hätten oder wegen deren Nachlässigkeiten. Die berechtigten Interessen der Gläubiger, über das Schicksal des Nachlasses möglichst bald Klarheit zu erhalten, seien krass missachtet worden. Das Verhältnis zwischen der im Gesetz bewusst kürzer gehaltenen Frist für das Verlangen des öffentlichen Inventars gegenüber derjenigen für die Erbausschlagung habe keine Berücksichtigung gefunden (Wissmann, a.a.O., N. 12 f. zu Art. 580 ZGB; AbR 1998/99, Nr. 8). Diese Auffassung hat auch im neuesten Schrifttum Zustimmung gefunden (Abt, a.a.O., N. 11 zu Art. 580 ZGB, Engler, a.a.O., N. 24 zu Art. 580 ZGB). Soweit die Frage im Entscheid der Obergerichtskommission vom 30. Juni 1999 noch offen gelassen wurde (AbR 1998/99, Nr. 8) ist sie wohl in dem Sinne zu entscheiden, dass die Möglichkeit einer Verlängerung oder Restitution der Frist für die Stellung des Begehrens nicht gegeben ist. Dies hat auch im vorliegenden Fall zu gelten. Nach der Einsetzung der Teilungsbeiständin durch die Vormundschaftsbehörde Ebikon am 21. Juni 2012 wäre es der Gesuchstellerin bzw. ihrer Beiständin ohne weiteres möglich gewesen, innert Monatsfrist das Gesuch um öffentliches Inventar zu stellen. Selbst wenn eine Restitution oder Verlängerung der Frist grundsätzlich möglich und ein entsprechendes Gesuch gestellt worden wäre, hätte dieses somit abgewiesen wer-

den müssen. Das Begehren um öffentliches Inventar ist demnach verspätet, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann. ...

5. Es stellt sich die Frage nach dem weiteren Rechtsmittelweg. An sich wäre gegen den Entscheid des Obergerichtspräsidenten nurmehr die Beschwerde an das Bundesgericht gegeben. Indessen gelten Entscheide über die Bewilligung des öffentlichen Inventars wohl als Entscheide in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG, zumal sich aus der Bestimmung ergibt, dass die dortige Aufzählung nicht abschliessend ist ("insbesondere"). Gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG haben die Kantone als letzte Instanzen in Zivilsachen obere Gerichte einzusetzen, welche "als Rechtsmittelinstanzen" entscheiden. Das ist jedoch nach der gesetzlichen Regelung in Art. 89 EG ZGB nicht der Fall. Der Mangel in der Gesetzgebung wurde bereits erkannt und soll demnächst korrigiert werden. Bis die Gesetzesänderung erfolgt ist, hat jedoch der Kanton auf anderem Weg für ein rechtskonformes Verfahren zu sorgen. Art. 89 Abs. 3 EG ZGB sieht eine Beschwerde betreffend die Errichtung des öffentlichen Inventars innert 10 Tagen seit Kenntnis desselben an das Obergericht vor. Es ist naheliegend, diesen Beschwerdeweg analog auch hinsichtlich des Entscheids des Obergerichtspräsidiums betreffend Abweisung des Gesuchs um Bewilligung des öffentlichen Inventars zu öffnen. Damit kann gewährleistet werden, dass ein oberes Gericht als Rechtsmittelinstanz letztinstanzlich im Kanton über die Verweigerung der Bewilligung des öffentlichen Inventars befindet. Mit diesem Vorgehen kann verhindert werden, dass das Bundesgericht auf Beschwerde hin die Sache zur Gewährleistung des gesetzmässigen Instanzenzugs an den Kanton zurückweisen müsste (vgl. etwa BGE 130 II 65 = Pra 93/2004 Nr. 37; 128 II 56 = Pra 91/2002 Nr. 147; 134 III 141).

Zusammenfassend ist die Gesuchstellerin somit darauf hinzuweisen, dass gegen diesen Entscheid innert 10 Tagen nach der Eröffnung schriftlich und begründet beim Obergericht des Kantons Obwalden Beschwerde erhoben werden kann. Sollte das Obergericht auf eine allfällige Beschwerde wider Erwarten nicht eintreten, so müsste es die Sache zuständigkeitshalber an das Bundesgericht überweisen.

(Anmerkung: Mit Ausführungsbestimmungen zur Ergänzung des Gesetzes über die Justizreform vom 4. Dezember 2012 hat der Regierungsrat Art. 89 EG ZGB geändert und den Rechtsweg bundesrechtskonform ausgestaltet.)

5

#### **Art. 58 OR**

**Umfang der Unterhaltungspflicht eines Hotels an einem privaten Wegstück, das ausschliesslich als Zugang zum Hotel dient. Im Winter ist der Zufahrtsweg zumindest an den von Fussgängern benützten Stellen eisfrei zu halten (E. 2–10). Verlegung der Prozesskosten bei Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (E. 11).**

Entscheid des Obergerichts vom 26. März 2013

Sachverhalt:

Am 12. Dezember 2006 stürzte Z., der seinen Winterurlaub im Hotel X verbrachte, auf dem Rückweg vom Dorf auf dem Zugangsweg zum Hotel. Nachdem er keine offensichtlichen Verletzungen feststellen konnte, erhob er sich und verbrachte den weiteren Abend wie geplant. Am nächsten Tag begab er sich trotz leichten Kopfschmerzen auf die Skipiste, wo er am Nachmittag zusammenbrach. Mit der Rettungsflugwacht wurde er ins Kantonsspital Luzern gebracht, wo ein Hirnschlag mit Hirnödementwicklung diagnostiziert wurde.

Mit Klage vom 22. Dezember 2009 stellte Z. u.a. folgende Anträge:

1. Im Sinne eines Teilurteils sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für den bis am 30. Juni 2009 erlittenen Einkommensausfall EUR 52'411.27 zuzüglich 5 % Zins p.a. seit dem 31. März 2008 sowie allfällige auf diesen Betrag erhobene Lohn- und Einkommenssteuern zu bezahlen.
2. Die Geltendmachung weiterer Schadenspositionen sowie einer Genugtuung sei vorzubehalten."

Z. begründete seine Klage damit, dass er aufgrund ungenügenden Winterdienstes auf dem Gelände der Beklagten ausgerutscht sei und in direkter Folge davon einen Hirnschlag erlitten habe, welcher ihn bis heute arbeitsunfähig mache. Dadurch habe er eine Einkommenseinbusse erlitten, und werde dies voraussichtlich auch weiter tun.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2010 wurde das Verfahren auf Antrag und im Einverständnis der Parteien vorerst auf die Frage der Haftung aus Werkmangel beschränkt.

Das Kantonsgericht wies die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ab. Zur Begründung hielt das Kantonsgericht fest, aufgrund der Zeugenaussagen sei erwiesen, dass der Kläger auf Glatteis ausgerutscht sei. Daraus könne jedoch nicht zwingend auf mangelnden Unterhalt geschlossen werden. Der Winterdienst sei regelmässig und den Wetterverhältnissen angepasst durchgeführt worden, es sei offenbar ausser dem Kläger auch sonst niemand gestürzt. Ein noch umfassenderer Winterdienst könne aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht verlangt werden; der Fussgänger trage auch eine gewisse Selbstverantwortung. Zusammenfassend sei kein Werkmangel ersichtlich.

Z. erhob Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts und stellte u.a. folgende Anträge:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Es sei festzuhalten, dass die Beklagte für den Sturz des Klägers vom 12. Dezember 2006 haftbar ist.

3. Das Verfahren sei zur weiteren Abwicklung, namentlich zur Feststellung des Schadens und der Ersatzpflicht der Beklagten, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Eventualbegehren zu den Rechtsbegehren 2 und 3:  
Die Sache sei zur weiteren Beweisabnahme und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen."

Aus den Erwägungen:

1.1 Das Verfahren vor Kantonsgericht wurde auf die Frage der Werkeigentümergehaftung beschränkt. Somit beschränkt sich auch das Berufungsverfahren auf diese Frage. Die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen einem eventuellen Werkmangel und dem eingetretenen Schaden, die Höhe des Schadens sowie die Haftungsquote sind vorliegend nicht zu prüfen.

1.2 Das angefochtene Urteil erging nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). Da das Verfahren vor Kantonsgericht auf die Frage des Werkmangels beschränkt wurde, stellt sich die Frage, ob es sich beim angefochtenen Urteil um einen instanzabschliessenden Endentscheid oder um einen Zwischenentscheid, der das Verfahren nicht abschliesst, handelt. Dies hängt vom Entscheid selbst ab. Wenn ein anderslautender Entscheid der Rechtsmittelinstanz das Verfahren abschliessen würde, würde es sich um einen Zwischenentscheid handeln. In casu hätte jedoch der angefochtene Entscheid das Verfahren aufgrund der Klageabweisung ohne Anfechtung schon vor erster Instanz abgeschlossen; es handelt sich daher um einen Endentscheid (Paul Oberhammer, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 3 zu Art. 237 ZPO). Da das Verfahren vor erster Instanz abgeschlossen wurde, kommt im vorliegenden Berufungsverfahren die schweizerische ZPO zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Das Kantonsgericht hielt in E. 4.2 des angefochtenen Urteils fest, der Zugangsweg zum Hotel der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: die Beklagte) sei schneebedeckt und stellenweise vereist gewesen. Weder der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: der Kläger) noch die Beklagte bestreiten dies. Über den Zustand des Zugangsweges ist daher vorliegend kein Beweis mehr zu führen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Streitig ist vorliegend jedoch, ob die vereisten Stellen auf mangelnden Unterhalt zurückzuführen waren und somit einen Mangel der Strasse darstellen.

3./3.1 Gemäss Art. 58 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen. Ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist, hängt vom Zweck ab, den es zu erfüllen hat. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet (BGE 130 III 736, E. 1.3; 126 III 113, E. 2a/cc; 123 III 306, E. 3b/aa; je mit Hinweisen). Als Grundsatz gilt somit, dass das Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein braucht. Ob ein Werk mängelfrei ist, bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten unter

Berücksichtigung dessen, was sich nach der Lebenserfahrung am fraglichen Ort zutragen kann (BGE 122 III 229, E. 5a/bb).

Bei der Werkeigentümerhaftung handelt es sich zwar, im Gegensatz zur Haftung aus Vertrag und aus allgemeinem Deliktsrecht, nicht um eine Verschuldens-, sondern um eine Kausalhaftung. Doch wird die Sicherung von Verkehrsanlagen gegenüber natürlichen Gefahrenherden in der Werkeigentümerhaftung praxisgemäss an den Kriterien der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit gemessen, was die Kausalhaftung zumindest mit einem Verschuldenselement kombiniert (BGE 130 III 193, E. 2.2).

Eine Schranke der Sicherungspflicht bildet die Selbstverantwortung. Vorzubeugen hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr. Er darf Risiken ausser Acht lassen, welche von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können (BGE 130 III 736, E. 1.3 mit Hinweisen). Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die Zumutbarkeit. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und die entsprechenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzinteresse der Benutzer und dem Zweck des Werks stehen. Dem Werkeigentümer sind Aufwendungen nicht zuzumuten, die in keinem Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen (BGE 130 III 736, E. 1.3 mit Hinweisen).

3.2 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Dabei ergibt sich grundsätzlich aus dem anwendbaren materiellen Bundesrecht, wer die Folgen der Beweislosigkeit einer behaupteten Tatsache zu tragen hat (BGE 128 III 271, E. 2a/aa mit Hinweisen). Beweislosigkeit liegt vor, wenn die anspruchsbegründenden oder anspruchvernichtenden Tatsachen nicht dem bundesrechtlichen Beweismass entsprechend von der beweisbelasteten Partei nachgewiesen sind, die ihrerseits aus Art. 8 ZGB einen bundesrechtlichen Beweisführungsanspruch ableiten kann (BGE 122 III 219, E. 3c mit Hinweisen). Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (BGE 128 III 271, E. 2b/aa mit Hinweisen). Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nach objektiven Gesichtspunkten ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 130 III 321, E. 3.3).

4./4.1 Wie dargelegt (E. 2) ist nach dem erstinstanzlichen Verfahren unbestritten, dass der Zufahrtsweg zwischen der damaligen X-Bahn und dem Hotel der Beklagten schneebedeckt und teilweise vereist war. Der blosser Umstand, dass sich im Zusammenhang mit Glatteis und Schneeglätte auf einem Fussweg oder auf ei-

ner Strasse ein Unfall ereignet, lässt jedoch nicht zwingend auf einen mangelhaften Unterhalt im Sinne von Art. 58 OR schliessen. Das öffentliche Strassenetz kann wegen seiner Ausdehnung nicht in gleichem Masse unter Kontrolle gehalten werden wie zum Beispiel ein einzelnes Gebäude (BGE 98 II 40, E. 2 mit Hinweisen). Der Schnee kann nicht an allen Orten gleichzeitig weggeräumt werden (BGE 129 III 65, E. 1.2 = Pra 92 (2003), Nr. 121). Die Aufwendungen des Gemeinwesens für den winterlichen Strassendienst müssen in einem vernünftigen Verhältnis zu seinen Mitteln und zu seinen übrigen Auslagen stehen. Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Massnahmen nach den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten zumutbar sind (BGE 129 III 65, E. 1.1 = Pra 92 (2003), Nr. 121 mit Hinweisen). Vorliegend ist jedoch festzuhalten, dass es sich beim Zufahrtsweg nicht um eine öffentliche Strasse handelt, sondern um ein privates Wegstück im Eigentum der Beklagten, das ausschliesslich als Zugang zum Hotel dient.

4.2 Eine Strasse, welche von Winterglätte befallen worden ist, bildet eine erhöhte Gefahr für den Verkehr. Mit anderen Worten gilt eine gefrorene Strasse als mangelhaft und es ist grundsätzlich Aufgabe des Eigentümers, diesen Mangel zu beheben (Roland Brehm, Berner Kommentar, Art. 41–61 OR, Bern 2006, N. 206 zu Art. 58 OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht eine Notwendigkeit innerorts, Schnee und Eis zu beseitigen, vor allem im Interesse der Fussgänger (BGE 129 III 65, E. 1.2 = Pra 92 (2003), Nr. 121).

Ist die fragliche Strasse Privateigentum und unterliegt der Unterhalt dem Eigentümer, so gelten die allgemeinen Haftungsgrundsätze (Brehm, a.a.O., N. 163 zu Art. 58 OR). Der Argumentation des Kantonsgerichts, die gesenkte Anforderung an den Winterdienst bei öffentlichen Strassen müsse auch auf das Gelände der Beklagten übertragen werden, kann nicht gefolgt werden. Das Bundesgericht unterscheidet in seiner Rechtsprechung zwischen den Anforderungen an den Strassenunterhalt bei öffentlichen Strassen, die durch das Gemeinwesen unterhalten werden, und privaten Strassen. Die Aufgaben der Beklagten, die lediglich eine einzige Zufahrtsstrasse zu ihrem Hotel zu unterhalten hat, können nicht mit den Aufgaben des Gemeinwesens, das ein ganzes Strassennetz mit, unter Umständen, mehreren Hundert Kilometern Strassenfläche unterhalten muss, gleichgesetzt werden. Das Bundesgericht erachtet strengere Anforderungen an den Unterhalt von Privatwegen, die als Verbindungsweg im Interesse der Werkeigentümerin genutzt werden, als zulässig (Entscheid des Bundesgerichts 4A\_244/2010 vom 12. Juli 2010, E. 1.5). Soweit die Beklagte argumentiert, es sei nicht nachvollziehbar, wieso sie weitergehende Massnahmen zu treffen habe als die Gemeinde, ist ihr daher zu widersprechen. Da sie Eigentümerin eines Hotels ist, sind ihr im Gegenteil noch höhere Unterhaltspflichten zuzumuten als sonstigen Privatpersonen, da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung an die Sicherheit von Gebäuden mit Publikumsverkehr besonders hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 117 II 399, E. 2). Die Gegenargumentation der Beklagten, sie betreibe ein Sporthotel und müsse daher nicht mit Greisen rechnen, vermag nicht zu überzeugen. Auch in einem Sporthotel ist mit Gästen oder Besuchern zu rechnen, die nicht mehr gut zu Fuss sind, z.B. nach einem Skiunfall.

4.3 Die Beklagte macht geltend, der Winterdienst sei täglich durchgeführt worden. Der Zustand des Zufahrtswegs sei jeweils besser als der restlichen Strassen im

Dorf; sie habe daher alles Notwendige und Zumutbare zum Unterhalt der Strasse unternommen. Wie oben (E. 4.2) dargelegt sind jedoch an eine private Zufahrtsstrasse zu einem Gebäude mit Publikumsverkehr höhere Anforderungen zu stellen als an eine öffentliche, durch das Gemeinwesen unterhaltene Strasse. Aus der Tatsache, dass sich der Zufahrtsweg in einem besseren Zustand befand als der Rest der Strassen im Dorf kann die Beklagte daher nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5./5.1 Die Zeugen S., W. und L. gaben übereinstimmend an, sie hätten während ihres Winterurlaubs keinen Winterdienst bemerkt. Der Weg sei sehr glatt gewesen, man habe sehr vorsichtig gehen müssen, gestreut worden sei nicht. Gemäss Aussagen von K. ist der Winterdienst jedoch täglich vorgenommen worden. Am Morgen habe man gesalzen, bei sichtbaren Eisflächen werde Kies gestreut. Der Winterdienst wurde gemäss dem Zeugen F. in erster Linie am Morgen durchgeführt, mehrmals gestreut wurde nur bei Reklamationen.

5.2 Anhand der Zeugenaussagen ist davon auszugehen, dass auf dem Gelände der Beklagten ein täglicher Winterdienst durchgeführt wurde, jeweils mit Schwerpunkt am Morgen. Tagsüber wurde nur bei Reklamationen gestreut (vgl. Aussagen von F.). Dass die Zeugen S., W. und L. keinen Winterdienst bemerkten, kann durchaus daran liegen, dass dieser durchgeführt wurde, bevor die Hotelgäste morgens das Hotel verliessen. Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen der Zeugen S., W. und L. ist jedoch davon auszugehen, dass der durchgeführte Winterdienst keinen sichtbaren Erfolg erzielte, da der Weg dennoch sehr glatt war.

Der Werkeigentümer kann sich nicht dadurch entlasten, dass er geltend macht, der Unterhalt sei ususgemäss durchgeführt worden (BGE 59 II 171). Soweit die Klägerin daher geltend macht, durch die Aussagen ihrer Angestellten sei erstellt, dass der Winterdienst täglich durchgeführt worden sei, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wenn die Werkeigentümerin erkennen kann oder muss, dass die getroffenen Massnahmen ihren Zweck nicht erfüllen, sind weitere Massnahmen zu treffen (vgl. BGE 118 II 36, E. 4b).

6.1 Das Kantonsgericht hält fest, dass die Beklagte weder vom Kläger noch von seinen Bekannten oder weiteren Hotelgästen auf die angebliche Vereisung des Zufahrtsweges aufmerksam gemacht worden sei. Auch die Beklagte hält fest, es seien zum fraglichen Zeitpunkt keinerlei Reklamationen über den Zustand des Zufahrtsweges eingegangen. Bei der Beurteilung von Unterhaltungsmängeln sind jedoch die Zumutbarkeit von Kontrollen und die zeitlich zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Mängelbehebung zu prüfen (Brehm, a.a.O., N. 59 und 71 zu Art. 58 OR).

Dass ausser dem Kläger keine weiteren Personen gestürzt sein sollen, kann nicht als Beweis, sondern lediglich als Fingerzeig für die Mängelfreiheit gewertet werden (Brehm, a.a.O., N. 73 zu Art. 58 OR). Zudem ist festzuhalten, dass aus der Tatsache, dass sich niemand beschwert hat, nicht darauf geschlossen werden kann, dass ausser dem Kläger niemand gestürzt ist. Es ist notorisch, dass sich viele Personen nicht über einen Sturz beschwerten, solange sie sich dabei nicht verletzen, da sie den Aufwand scheuen. Auch der Kläger hielt eine Reklamation zum Zeitpunkt des Sturzes für unnötig, da er davon ausging, sich nicht verletzt zu haben.

Besteht ein Werkmangel, kann sich der Eigentümer nicht mehr befreien, etwa mit der Begründung, er habe die erforderlichen Vorsichtsmassnahmen getroffen, bzw. seine Hilfspersonen genügend instruiert. Auch das Nichtwissen des Werkmangels hilft ihm nicht (Brehm, a.a.O., N. 92 zu Art. 58 OR). Die Beklagte kann sich daher nicht dadurch befreien, dass sie geltend macht, niemand habe sich über den glatten Zufahrtsweg beschwert. Es wäre ihre Aufgabe gewesen, den Weg regelmässig, je nach Wettersituation mehrmals täglich, auf Rutschgefahr zu kontrollieren respektive kontrollieren zu lassen.

6.2 Das Kantonsgericht hält fest, es könne der Beklagten nicht zugemutet werden, die gesamte Zufahrt von einer Länge von 50–100m, die zudem von Autos befahren werde, komplett eisfrei zu halten. Dieser Argumentation ist grundsätzlich zuzustimmen. Es ist jedoch festzuhalten, dass auf Fussgängerwegen ein erhöhter Anspruch an die Sicherheit besteht (vgl. E. 4.2). Auf einem grossen Teil dieser Zufahrt herrscht kein erhöhter Fussgängerverkehr. Die Fussgänger waren zumindest zum Unfallzeitpunkt insbesondere zwischen dem Hotel und der damaligen X-Bahn unterwegs. Die Wegstrecke von wenigen Metern in einer für Fussgänger begehbaren Breite am Strassenrand eisfrei zu halten, wäre der Beklagten entgegen der Argumentation des Kantonsgerichts zumutbar gewesen; es hätte sich bei der zu bearbeitenden Fläche um wenige Quadratmeter gehandelt.

6.3 Wie dargelegt hätte die Beklagte nicht die komplette Zufahrt zu ihrem Hotel eisfrei halten müssen, sondern lediglich eine schmale Fussgängerpassage zwischen Hoteleingang und der damaligen X-Bahn. Da es sich bei dieser Passage um ein lediglich einige Meter kurzes Wegstück handelt, wäre eine Kontrolle alle paar Stunden sowie gegebenenfalls ein Bestreuen des Weges mit dem ohnehin bereitstehenden Kies (vgl. Aussagen K. und F.) sowohl finanziell wie auch zeitlich zumutbar gewesen, da eine solche Kontrolle durch einfaches Abschreiten des Weges innert weniger Minuten durchgeführt werden könnte und auch das Bestreuen des kurzen Wegstückes mit Kies nur einen geringen Aufwand darstellen würde.

7./7.1 Der Eigentümer darf mit einem vernünftigen und dem allgemeinen Durchschnitt entsprechenden vorsichtigen Verhalten allfälliger Benutzer des Werkes und gegebenenfalls des Publikums rechnen. Geringfügige Mängel, die bei solchem Verhalten normalerweise nicht Anlass zu Schädigungen geben, braucht er nicht zu beseitigen. Wo die Unvollkommenheiten oder Gefahren des Werkes ohne weiteres bemerkbar sind, darf auf ein erhöhtes Mass von Aufmerksamkeit gezählt werden (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, Zürich 1987, § 19 N. 81). Entgegen der Argumentation der Beklagten kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Sturz auf Glatteis selbstverschuldet ist, sobald die betroffene Person das Glatteis erkannt hat. Auch bei gehöriger Vorsicht kann es auf glattem Untergrund zu Stürzen kommen, insbesondere, wenn das Wegstück, wie im vorliegenden Fall, leicht abschüssig ist. Es ist zudem festzuhalten, dass die Anforderungen an die Selbstverantwortung bei Fussgängern weniger weit reichen als bei Autofahrern (Brehm, a.a.O., N. 209 zu Art. 58 OR). Die Beklagte macht zu Recht nicht geltend, der Kläger hätte einen anderen Weg zum Hotel einschlagen können oder müssen, nachdem er die Vereisung erkannt hatte (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4A\_244/2010 vom 12. Juli 2010, E. 1.6).

7.2 Das Kantonsgericht hält weiter fest, der Kläger habe in beiden Händen Einkaufstaschen getragen. Es sei daher fraglich, ob er die gebotene Vorsicht habe walten lassen, da mit vollen Händen ein Verlust des Gleichgewichts weniger gut aufgefangen werden könne. Hierzu ist festzuhalten, dass der Kläger gemäss unbestrittener Sachverhaltsfeststellung des Kantonsgerichts auf einer Eisfläche ausrutschte. Ein solches Ausrutschen mit dem anschliessenden Sturz geschieht, im Unterschied zu einem Stolpern, sehr schnell. Freie Hände zum Ausgleich hätten dem Kläger bei Gleichgewichtsverlust durch Bodenunebenheiten helfen können, jedoch wohl nicht bei Ausrutschen auf Glatteis. Es ist äusserst zweifelhaft, ob der Kläger das Ausrutschen mit freien Händen hätte abfangen können; insbesondere, da es an der betreffenden Stelle kein Geländer oder eine Stützmauer gibt, an welchen sich der Kläger hätte festhalten können. Es wäre jedoch möglich, dass er mit freien Händen den Sturz hätte dämpfen können. Dies ist jedoch nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfen, da dies eine Frage der Kausalität zwischen Werkmangel und Schaden ist, welche im vorinstanzlichen Verfahren nicht behandelt wurde. In Bezug auf die gebotene Vorsicht ist festzuhalten, dass der Kläger unbestrittenermassen festes Schuhwerk trug und die Gruppe gemäss eigenen Aussagen langsam und vorsichtig unterwegs war. Zudem muss es auch möglich sein, mit Einkaufstaschen in den Händen zurück zum Hotel zu gehen. Es bestehen daher entgegen der Argumentation des Kantonsgerichts keine Hinweise, dass der Kläger die gebotene Vorsicht nicht hätte walten lassen.

8. Das Kantonsgericht argumentiert ferner, in Berggebieten könne Winterglätte plötzlich auftreten und das gestreute Mittel bei anhaltendem Frost seine Wirkung innert Stunden verlieren. Bei Werkeigentümern mit einem grossen Grundstück könne jedoch nicht erwartet werden, dass das ganze Grundstück alle paar Stunden bestreut werde.

Hierzu ist festzuhalten, dass gemäss unbestrittener Sachverhaltsfeststellung des Kantonsgerichts das Wetter am betreffenden Tag konstant blieb und nicht plötzlich umschlug. Eine ohne Vorwarnung auftretende Winterglätte kann aufgrund der Wettersituation nicht angenommen werden. Vielmehr konnte die Beklagte erkennen, dass bei Temperaturen um die 0° die festgetretene Schneefläche auf dem Zugangsweg tagsüber bei Sonneneinstrahlung auftauen und nach Sonnenuntergang zu einer Eisschicht gefrieren konnte. Eine Bestreuung des Zufahrtsweges war unter diesen Umständen nicht nur zumutbar, sondern sogar geboten, da die Glatteisbildung für die Beklagte voraussehbar war. Wie oben dargelegt musste die Beklagte zudem nicht ihr komplettes Grundstück eisfrei halten, sondern lediglich eine "Fussgängerpassage" auf dem stark frequentierten Zufahrtsweg.

9. Der Kläger beantragt die Befragung seiner Schwester H. als Zeugin. Diese sei zwei Tage nach dem Sturz angereist und könne bezeugen, dass der Winterdienst auch bis zu diesem Zeitpunkt unterblieben sei. Zu diesem Antrag ist festzuhalten, dass Frau H. unbestritten erst zwei Tage nach dem Sturz des Klägers anreiste. Sie kann daher höchstens Aussagen zum Strassenzustand zu ihrem Anreisezeitpunkt machen. Der Zustand des Zufahrtsweges zwei Tage nach dem Sturz ist jedoch im vorliegenden Verfahren irrelevant. Zu prüfen ist nicht, ob die Beklagte *nach* dem Sturz des Klägers den Zufahrtsweg ausreichend unterhielt, sondern ob sie dies *vor* dem Sturz tat. Frau H. kann dazu aufgrund ihres Anreisezeitpunkts keine Aussagen machen; sie ist somit nicht als Zeugin zu befragen.

10. Ferner macht der Kläger eine Haftung der Beklagten aus Vertrag geltend. Aufgrund der Vertragsbeziehung zwischen ihm und der Beklagten habe er auch ohne spezielles Ersuchen einen Anspruch darauf, dass ihm die Beklagte einen sicheren Zugang zum Hotel gewähre.

Der sichere Zugang zum und vom Hotel gehört zu den Nebenpflichten eines Beherbergungsvertrags. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Sicherheitsanforderungen aus Vertrag nicht über die Anforderungen von Art. 58 OR hinausgehen (BGE 126 III 113, E. 2a/bb = Pra 89 [2000], Nr. 185). Da ein Werkmangel vorliegend bejaht wird, hat die Beklagte auch ihre Vertragspflichten verletzt.

11./11.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, den Zufahrtsweg zumindest an den von Fussgängern benützten Stellen eisfrei zu halten. Ein solcher Unterhalt wäre sowohl zeitlich wie auch technisch und finanziell zumutbar gewesen. Der betreffende Strassenabschnitt war daher mangelhaft unterhalten. Ob dieser Werkmangel auch kausal für den beim Kläger eingetretenen Schaden war und wie hoch dieser Schaden ausfällt, hat das Kantonsgericht in einem nächsten Verfahrensschritt zu prüfen. Die Berufung wird daher gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts wird aufgehoben, und das Verfahren wird zur weiteren Abwicklung an das Kantonsgericht zurückgewiesen.

11.2 Da der Entscheid des Kantonsgerichts aufgehoben wurde, hat das Berufungsgericht über die erstinstanzlichen Prozesskosten zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Bei einem Rückweisungsentscheid kann jedoch die Berufungsinstanz die Verteilung der Prozesskosten sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens wie auch des Berufungsverfahrens (vgl. Art. 104 Abs. 4 ZPO) der ersten Instanz überlassen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Basel 2013, N. 61 zu Art. 318 ZPO). Da das Verfahren vorliegend bisher auf die Frage des Werkmangels beschränkt wurde und der Ausgang des Verfahrens ohne solche Beschränkung somit noch offen bleibt, ist ein Abwarten der Verteilung der Prozesskosten bis zum Endentscheid sinnvoll (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O. N. 63 zu Art. 318). Die Verteilung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigungen, Art. 95 Abs. 1 ZPO) wird daher dem Kantonsgericht überlassen.

6

**Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1**  
**Verantwortung und Dokumentationspflicht des Arbeitgebers für die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers. Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes infolge höherer leitender Tätigkeit? (E. 2)**

**Art. 321a Abs. 1 und Art. 322d OR**  
**Qualifikation des Bonus als Gratifikation oder Lohnbestandteil? Kürzung oder Streichung der Gratifikation infolge Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung durch übermässige Nutzung des Internets zu privaten Zwecken? (E. 3)**

Entscheid des Obergerichts vom 16. Dezember 2013

Aus den Erwägungen:

2./2.1 Vorliegend umstritten ist der Anspruch des Beklagten auf den anteilmässigen 13. Monatslohn 2011 in der Höhe von Fr. 11'250.00 sowie die Bonuszahlung für das Jahr 2011 von Fr. 18'750.00. Was den 13. Monatslohn anbelangt, so hat der Beklagte gemäss Arbeitsvertrag vom 10. Mai 2010 Anspruch auf einen 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 15'000.00. Für das Jahr 2011 ergäbe dies pro rata temporis (Januar bis September 2011) einen Betrag von Fr. 11'250.00. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2011 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, anhand der Zeitabrechnungen seien auf seinem Konto Minus-Stunden in der Höhe von rund 68 Stunden aufgelaufen, was einem Betrag von Fr. 5'582.80 entspreche. Diesen Betrag brachte die Klägerin beim 13. Monatslohn in Abzug und verweigerte in der Folge (abgesehen von einer Teilzahlung in der Höhe von Fr. 4'880.00) die Auszahlung.

2.2 Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin den Abzug für die behaupteten Minusstunden zu Recht vorgenommen und den 13. Monatslohn zurückbehalten hat. Der Arbeitnehmer erfüllt seine Arbeitspflicht nicht durch Lieferung eines Arbeitsergebnisses, sondern durch Arbeitsleistung nach Zeit, also durch die Ableistung von Arbeitszeit. Arbeitszeit ist dabei diejenige Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer inner- oder ausserhalb des Betriebes für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen hat und auch tatsächlich steht und damit über seine Zeit nicht frei verfügen kann. Mit der Nichterfüllung der Arbeitspflicht tritt automatisch Verzug ein, sofern keine anerkannten Verhinderungsgründe wie z.B. Krankheit vorliegen. Einer Mahnung bedarf es dazu nicht, weshalb der Arbeitgeber in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern kann (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., Zürich 2012, N. 9 zu Art. 321 OR). In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob ein Arbeitgeber bei Minusstunden des Arbeitnehmers nachträglich, z.B. bei Jahresende oder bei Ausscheiden, einen Lohnabzug für die zu wenig gearbeiteten Stunden vornehmen kann. Das Bundesgericht äusserte sich im Urteil 4A\_291/2008 vom 2. Dezember 2008 dazu. Der Grundsatz lautet, dass ohne Arbeit kein Lohn geschuldet ist (Art. 82 OR), es sei denn es liege ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand wie Art. 324a OR (Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung) oder Art. 324 OR (Arbeitgeberverzug) vor. Ist dies nicht der Fall, schuldet der Arbeitgeber keinen Lohn bzw. kann er für den zu viel bezahlten Lohn einen Abzug anbringen. Zum rechtlichen Fundament dieses Abzugsrechts hat sich das Bundesgericht nicht geäussert. Es handelt sich um die verrechnungsweise Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs, der sich nach überwiegender Auffassung auf das Bereicherungsrecht stützt (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 13 zu Art. 322 OR, mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_291/2008 vom 2. Dezember 2008, E. 3, mit Hinweisen). Ebenfalls nicht Stellung genommen hat das Bundesgericht zur praktisch bedeutsamen Frage, wie lange der Arbeitgeber einen solchen Abzug vornehmen kann. Als ein Arbeitgeber trotz ersichtlicher Minusstunden den Lohn während mehrerer Jahre vorbehaltlos voll auszahlte, wurde dies vom Arbeitsgericht Zürich als Verzicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgelegt und die Verrechnung mit dem Lohn in der Kündigungsfrist war unzulässig (AGer ZH in ZR 2002 Nr. 62). Nach einem weiteren Entscheid des gleichen Gerichts soll das Recht zum Lohnabzug bereits mit der nächsten vorbehaltlosen Lohnzahlung untergehen (Entscheide 2006 Nr. 6), was zu weit geht und

keine Stütze im Gesetz findet. Nimmt der Arbeitgeber die Kürzung bereits in der laufenden Abrechnungsperiode vor, also in der Regel am entsprechenden Monatsende, handelt es sich nicht um einen verrechnungsweisen Lohnabzug gestützt auf Bereicherungsrecht, sondern um eine Lohnkürzung gestützt auf Art. 82 OR.

2.3/2.3.1 Bevor auf die Frage einzugehen ist, ob die Klägerin ihr Recht, die Minusstunden geltend zu machen, verwirkt hat, gilt es vorab zu beurteilen, ob überhaupt Minusstunden vorliegen. Vorinstanzlich legte die Klägerin die Arbeitszeitabrechnungen der Monate September 2010 bis September 2011 ins Recht. Diese sind mit handschriftlichen Ergänzungen versehen. Der Beklagte macht geltend, das Zeiterfassungssystem sei nicht zuverlässig gewesen. Es habe oft nicht funktioniert. Er sei nicht gestützt auf das Zeiterfassungssystem davon ausgegangen, dass er keine Minusstunden habe. Wenn man jeden Tag genügend arbeite, dann wisse man, dass man keine Minusstunden habe. Aus diesem Grund habe er seine Abend- und anderen Auswärtstermine nicht eingetragen. Die Klägerin bestreitet in ihrer Berufung, dass Auswärts- und Abendtermine stattgefunden haben.

2.3.2 Es ist dem Beklagten darin zu folgen, dass die Klägerin erstmals im Berufungsverfahren vorbringt, der Beklagte habe keine Auswärts- und Abendtermine gehabt. Es handelt sich damit um eine neue Behauptung. Gestützt auf Art. 317 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Abs. 1 lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Lehre unterteilt neue Tatsachen in sogenannte echte und unechte Noven. Bei echten Noven, also Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind, ist die zweite Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO stets erfüllt. Solche echten Noven müssen jedoch ebenfalls ohne Verzug vorgebracht werden. Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren. Bezüglich dieser Noven besteht nur dann ein Ausschluss, wenn sie einer sorgfältig handelnden Partei während des erstinstanzlichen Verfahrens bereits hätten bekannt sein müssen. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, so sind an die erforderliche Sorgfalt erhöhte Anforderungen zu stellen. Hat eine Partei ein unechtes Novum im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht, obwohl es ihr zuzumuten gewesen wäre, so ist sie mit diesem unechten Novum im Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen. Wird ein Novum geltend gemacht, so muss im Rahmen der Berufungsbegründung bzw. Berufungsantwort auch dargelegt werden, weshalb eine Tatsache bzw. ein Beweismittel erst verspätet vorgebracht wird (anstelle vieler: Beat Mathys, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, N. 6 zu Art. 317 ZPO, mit Hinweisen). Bei der Behauptung, der Beklagte habe keine Auswärts- und Nachtermine gehabt, handelt es sich um ein unechtes Novum. Die Klägerin macht keine Ausführungen darüber, weshalb sie erst im Berufungsverfahren vorbringt, der Beklagte habe keine Auswärts- und Abendtermine gehabt. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb sie diese Behauptung nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können. Da sie anwaltlich vertreten ist, wäre es ihr ohne weiteres zuzumuten gewesen, die Behauptung bereits im Verfahren vor dem Kantonsgerichtspräsident II vorzubringen. Das Novum ist entsprechend nicht zuzulassen. Im Übrigen bestätigte die Zeugin K., dass der Beklagte auch auswärts gearbeitet habe. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die im Zeiterfassungssystem erfasste Arbeitszeit nicht der effektiv geleisteten Arbeitszeit entspricht.

2.3.3 Bei der weiteren Beurteilung der geleisteten Arbeitszeit stellt sich die Frage, ob auf die vorinstanzlich eingereichten Zeitzachweisblätter abgestellt werden kann. Art. 46 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) und Art. 73 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) verpflichten nach ihrem Wortlaut den Arbeitgeber, für den Gesetzes- bzw. Verordnungsvollzug massgebliche Verzeichnisse und Unterlagen und die darin enthaltenen Angaben den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden während mindestens fünf Jahren zur Verfügung zu halten. Art. 73 Abs. 1 ArGV 1 konkretisiert dabei, welche Angaben in diesen Unterlagen enthalten sein müssen. Namentlich müssen daraus die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inklusive Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage, die gewährten wöchentlichen Ruhe- oder Ersatzruhetage, soweit diese nicht regelmässig auf einen Sonntag fallen sowie die Lage und Dauer von Pausen von einer halben Stunde und mehr ersichtlich sein. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich indirekt auch die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit, da die Arbeitnehmer gesetzlich Anspruch auf Ruhezeit, Ferien und Zuschlagszahlungen für Überstunden bzw. Überzeit haben. Aus dem Arbeitsgesetz und den dazu gehörigen Verordnungen lässt sich nicht ableiten, wer die Zeiterfassung durchzuführen hat. Mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Regelung ist es demnach grundsätzlich möglich, die Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitnehmer selber durchführen zu lassen. Allerdings ist zu beachten, dass die Verantwortung zur Zeiterfassung weiterhin beim Arbeitgeber verbleibt und die in Art. 73 Abs. 1 ArGV 1 formulierten Anforderungen an die Dokumentation bestehen bleiben. Der Arbeitgeber hat den betroffenen Mitarbeitern die notwendigen Instrumente zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung zu stellen und die Arbeitszeiterfassung ist stichprobenweise auf ihre Vollständigkeit und Korrektheit zu überprüfen (Müller/Oechsle, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, AJP 2007, 848, 852 und 854, mit Hinweisen; vgl. Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012, 349).

2.3.4 Das Arbeitsgesetz nimmt in Art. 3 gewisse Personen vom persönlichen Geltungsbereich aus. Auf sie sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes nicht anwendbar. Dazu gehören auch Personen, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben. Damit stellt sich die Frage, ob das Arbeitsgesetz auf den Beklagten Anwendung findet.

In Art. 9 ArGV 1 konkretisiert der Gesetzgeber die höhere leitende Tätigkeit dahingehend, dass eine solche nur innehat, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann (Müller/Oechsle, a.a.O., 850). Der Beklagte wurde als Vizepräsident Marketing und Verkauf angestellt. Da das Gesetz ausdrücklich auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers abstellt, kann die Abgrenzung nicht einfach aufgrund einer Funktionsbezeichnung oder einer bestimmten hierarchischen Stellung im Unternehmen vorgenommen werden. Kern der Umschreibung ist die Frage, ob jemand weitreichende Entscheidungsbefugnisse im Betrieb innehat. Allein die Möglichkeit, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen, genügt nicht. Die Entscheide müssen sich auf wesentliche Angelegenheiten des Unternehmens beziehen und geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unter-

nehmens insgesamt, mindestens aber eines seiner Hauptteile, nachhaltig zu bestimmen (Müller/Oechsle, a.a.O., mit Hinweisen). Der Beklagte war gestützt auf das Arbeitszeugnis vom 30. September 2011 in folgenden Funktionen tätig: Marketing- und Verkaufsleiter, Leiter Administration, Leiter Human Resources, Arbeitnehmervertreter der Klägerin bei der Sammelstiftung X., Vertreter der Klägerin gegenüber Behörden und Verbänden. Diesen Aufgaben ist keine der genannten weitreichenden Entscheidungsbefugnisse zu entnehmen, weshalb davon auszugehen ist, dass es sich beim Beklagten nicht um einen Arbeitnehmer in leitender Tätigkeit im Sinne von Art. 3 ArG handelt. Die Klägerin macht denn auch nicht geltend, der Berufungskläger unterstehe nicht dem Arbeitsgesetz. Insgesamt ist von der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auszugehen.

2.3.5 Der Arbeitsvertrag vom 10. Mai 2010 hält zur Zeiterfassung Folgendes fest: "Die Parteien gehen von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden als minimale Arbeitsleistung aus. Die Arbeitszeit wird mittels Zeiterfassungs-System festgehalten. Alle Absenzen dem Vorgesetzten zu melden". Der passiven Formulierung "wird mittels Zeiterfassungs-System festgehalten" ist lediglich die Pflicht zur Zeiterfassung zu entnehmen, sie enthält aber keine Angabe darüber, wer die Zeit zu erfassen hat. Eine eindeutige Delegation der Zeiterfassungspflicht ist daraus jedenfalls nicht abzuleiten. Gestützt auf die Ausführungen des Beklagten und die übereinstimmenden Aussagen der Zeugin K. hat der Beklagte seine Arbeitszeit jedoch selber erfasst und zusammen mit K. verwaltet. Offenbar hat aber A. als Geschäftsführer und Vorgesetzter des Beklagten die Zeiterfassung nicht stichprobenweise auf Vollständigkeit und Korrektheit kontrolliert, wozu er gehalten gewesen wäre. Der Hinweis der Klägerin, sie habe aufgrund des grossen Vertrauens die Zeiterfassung des Beklagten nicht regelmässig überprüft, vermag nichts daran zu ändern, dass die Verantwortung für die Zeiterfassung ihr oblag. Den Zeitaufweisblättern ist weder die Lage der geleisteten Arbeitszeit noch die Lage und Dauer der Pausen zu entnehmen, weshalb dem Kantonsgerichtspräsident darin zu folgen ist, dass die Zeitaufweisblätter den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen. Insgesamt vermochte die Klägerin die 68 Minusstunden nicht nachzuweisen, weshalb sie daraus auch keinen Anspruch ableiten kann. Unter diesen Umständen braucht nicht weiter beurteilt zu werden, ob die Klägerin ihren Anspruch verwirkt hat bzw. der Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Klägerin darauf verzichtet hat, allfällige Minusstunden geltend zu machen.

2.4 Gestützt auf diese Ausführungen gehen auch die Ausführungen der Klägerin fehl, wonach nicht eine Schlechterfüllung im Sinne von Art. 321a OR i.V.m. Art. 321e OR, sondern eine Nichterfüllung des Arbeitsvertrages vorliege, da es sich bei der Einhaltung der vertraglichen Arbeitszeit um die Hauptpflicht des Arbeitnehmers handle. Nach dem Gesagten konnte dem Beklagten nicht nachgewiesen werden, dass er seine Hauptleistungspflicht, die Leistung einer bestimmten Arbeitszeit, verletzt hat. Der Beklagte vermag damit seinen Anspruch auf den 13. Monatslohn pro rata temporis in der Höhe von Fr. 11'250.00 gestützt auf den Arbeitsvertrag vom 10. Mai 2010 zu beweisen.

3./3.1 Weiter bestreitet die Klägerin den Anspruch des Beklagten auf den Bonus für das Jahr 2011 in der Höhe von Fr. 18'750.00. Sie macht im Wesentlichen geltend, sie sei am 31. August 2011 gutgläubig davon ausgegangen, der Beklagte habe mehr oder weniger gute Arbeit geleistet. Der Beklagte habe ihr Vertrauen

schamlos missbraucht und habe sie mit seinem taktischen Vorgehen darüber getäuscht, dass er seine vertraglich vereinbarte Arbeit pflichtgemäss erfüllen würde, sodass sie seine Tätigkeiten nicht früher überprüft habe. Er habe sie mit seinem scheinbar korrekten Verhalten dazu bewegt, ihm die Auszahlung einer Gratifikation in Aussicht zu stellen. Jedoch habe sie erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses feststellen können, dass der Beklagte den grössten Teil seiner Arbeitszeit für private Angelegenheiten verwendet habe. So habe er unter anderem für einen Freund während der Arbeitszeit eine Firma gegründet. Die Auswertung seiner Internetaktivität habe ergeben, dass 90 % der von ihm während der Arbeitszeit aufgerufenen Homepages nichts mit der Arbeit zu tun hatten, sondern persönlicher Natur waren. Zudem habe sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses herausgestellt, dass der Beklagte, trotz striktem Verbot und entsprechender Weisung geschäftliche Daten exportiert und den Laptop mit nach Hause genommen habe. Sie sei gestützt auf das Vertrauensprinzip, in ihrer Erwartung, dass der Beklagte seine Arbeit nach Treu und Glauben pflichtgemäss erfüllen würde, zu schützen. Es sei von einer massiven Verletzung der Arbeits- und Treuepflichten auszugehen, sodass der vollumfängliche Entzug der Gratifikation gerechtfertigt sei.

3.2/3.2.1 Der Bonus ist als solcher im Gesetz nicht geregelt. Es gilt deshalb zu beurteilen, ob es sich um eine im Gesetz unter Art. 322d OR geregelte Gratifikation oder um einen Lohnbestandteil handelt. Nach der Rechtsprechung liegt eine Gratifikation nur dann vor, wenn ihre Ausrichtung überhaupt oder zumindest die Bestimmung ihrer Höhe in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist (BGE 129 III 276, E. 2 mit Hinweisen). Im ersten Fall liegt eine echte, im zweiten eine unechte Gratifikation vor, deren Höhe der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen hat (BGE 136 III 313, E. 2 mit Hinweisen; danach sind Kürzungen unzulässig gestützt auf Umstände, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich 2013, 81, mit Hinweisen). Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen (BGE 129 III 276, E. 2 mit Hinweisen).

3.2.2 Im Arbeitsvertrag haben die Parteien unter Ziff. 4.2 ("Variabler Anteil / Bonus: CHF 25'000.00") die grundsätzliche Ausrichtung einer Gratifikation vereinbart. Damit geht die Vorinstanz zu Recht von einer "unechten" Gratifikation aus. Es ist ihr darin zu folgen, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 31. August 2011 grundsätzlich von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht und sich verbindlich auf einen Betrag festgelegt hat. Damit hat sie sich grundsätzlich zur Ausrichtung der Gratifikation verpflichtet.

3.3/3.3.1 Es stellt sich die Frage, ob die Klägerin die Auszahlung der Gratifikation zu Recht verweigerte. Literatur und Praxis anerkennen verschiedene Kürzungs- und Wegfallgründe bei der Ausrichtung von Gratifikationen. Von einer einheitlichen Auffassung kann allerdings nicht gesprochen werden, insbesondere nicht hin-

sichtlich der Frage, welche Typen von Sondervergütungen solchen Kürzungs- und Wegfallfaktoren zugänglich sein sollen und welche nicht. Ist der Arbeitnehmer am Datum der Fälligkeit der Gratifikation in gekündigter Stellung, so erlaubt die Gerichtspraxis als Folge des wegfallenden Ansporncharakters eine Kürzung um bis zu 50 %. Das kann nur bei der echten und unechten Gratifikation richtig sein, nicht aber bei solchen Gratifikationen, die sowohl hinsichtlich Anspruch wie auch Höhe verbindlich zugesagt sind. Hier müsste sich der Arbeitgeber ein entsprechendes Kürzungsrecht vorbehalten, was allerdings mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Verfallklauseln kollidieren dürfte. Als weitere Kürzungsgründe werden schlechter Geschäftsgang, mangelhafte Leistung des Arbeitnehmers oder Treuepflichtverletzungen genannt. Eine Einschränkung ist auch hier für den Fall der betragslich fest zugesagten Gratifikation anzubringen, sofern sich der Arbeitgeber die Kürzungsmöglichkeit nicht vorbehalten hat. Bei grober Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht lassen *Rehbinder/Stöckli* und *Staehelein* die Kürzung oder Streichung selbst der zahlenmässig fixierten Gratifikation zu (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322d, N. 15; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar 2010, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, 2010, N. 16 zu Art. 322d OR; Adrian Staehelein, Zürcher Kommentar 2006, Der Arbeitsvertrag Art. 319–330b OR, N. 23 zu Art. 322d OR).

3.3.2 Es ist unbestritten, dass sich die Klägerin mit Schreiben vom 31. August 2011 grundsätzlich verpflichtet hat, einen Bonus in der Höhe von Fr. 18'750.00 zu bezahlen. Die Klägerin behauptet indessen, A. habe anlässlich des Gesprächs mit dem Beklagten am 31. August 2011 einen mündlichen Vorbehalt bezüglich der definitiven Höhe des Bonus angebracht. Zu beweisen vermag sie diese Behauptung indessen nicht. Auch die Zeugin K. konnte keine Angaben zu einem mündlichen Vorbehalt betreffend Auszahlung der Gratifikation machen. Es ist dem Kantonsgerichtspräsidenten zu folgen, dass es nicht glaubhaft ist, dass A. einen Vorbehalt bezüglich der definitiven Höhe des Bonus angebracht haben soll. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der Vorbehalt nicht ins schriftliche Dokument hätte aufgenommen werden sollen. Aus den Akten ergibt sich einzig, wie der Kantonsgerichtspräsident richtig feststellt, dass bezüglich des Zeitpunktes der Auszahlung des Bonus eine mündliche Vereinbarung bestand, wonach der Bonus erst Ende Oktober 2011 hätte ausbezahlt werden sollen. Mangels Beweises ist davon auszugehen, dass A. gegenüber dem Beklagten keinen mündlichen Vorbehalt in Bezug auf die Höhe der Gratifikation gemacht hat. Bevor auf die in Lehre und Rechtsprechung umstrittene Frage einzugehen ist, ob eine allfällige Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung eine vollständige Streichung der Gratifikation rechtfertigen kann, auch wenn der Betrag der Gratifikation bereits festgesetzt ist, soll zuerst die behauptete Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung näher beleuchtet werden.

3.4/3.4.1 Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe den grössten Teil der Arbeitszeit für private Angelegenheiten verwendet. Der vor der Vorinstanz eingereichte Auszug über die Internetaktivitäten belege, dass 90 % der während seiner Arbeitszeit aufgerufenen Homepages nichts mit seiner Arbeit bei der Klägerin zu tun gehabt hätten, sondern vielmehr persönlicher Natur gewesen seien. Der Beklagte bestreitet diese Vorwürfe und gibt zu bedenken, dass er für die Erledigung seiner Arbeit nicht auf das Internet angewiesen sei, sodass die Feststellungen der Klägerin irrelevant seien. Im Übrigen sei die Klägerin damit einverstanden gewesen, dass er während seiner Anstellung einige wenige Beratermandate aus seiner

früheren Anstellung weiterhin wahrnehme. Zudem habe sie ihm nach erfolgter Kündigung erlaubt, während der Arbeitszeit Bewerbungen zu versenden. Sie habe ihm auch die Wahrnehmung eines RAV- und Vorstellungsgesprächstermins ermöglicht.

3.4.2 Grundsätzlich ist dem Kantonsgerichtspräsidenten beizupflichten, dass es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass jemand, der überzeugende Arbeitsergebnisse abliefert, den grössten Teil seiner Arbeitszeit für private Dinge verwenden kann. Die Qualität der Arbeitsergebnisse beanstandete die Klägerin zu keinem Zeitpunkt. Sie stellte dem Beklagten ein sehr gutes Arbeitszeugnis aus. Dass das Arbeitszeugnis vom Beklagten aufgesetzt wurde, vermag an dieser Qualifikation nichts zu ändern. A. als Geschäftsführer und Vorgesetzter des Beklagten war mit dem Zeugnis einverstanden und hat es unterzeichnet. Jedoch ist die Qualität der erledigten Arbeiten nicht Gegenstand der zu beurteilenden Treupflichtverletzung. Vorliegend geht es vielmehr darum, ob der Beklagte durch die unerlaubte private Nutzung des Internets die Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin verletzt hat.

3.4.3 Zur Sorgfalts- und Treupflicht hält Art. 321a Abs. 1 OR fest, dass der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren hat. Beim Arbeitsvertrag werden nicht bloss Vermögensleistungen ausgetauscht, sondern es entsteht eine gegenseitige persönliche Bindung. Dieser Bindung entspricht – als Korrelat zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers – die allgemeine Treupflicht des Arbeitnehmers. Nach deren Inhalt hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Sie ist Nebenpflicht zur Arbeitspflicht und ergänzt diese notwendig, indem sie der Arbeit einen Zweck, eine Zielrichtung verleiht: die Wahrung der Interessen des Arbeitgebers. Damit ist auch gesagt, dass die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers eine beschränkte ist: Sie besteht nur so weit, als es um die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges geht, also soweit ein genügender Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht. Damit wird auch klar, dass der Umfang der Treupflicht stark von Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers und den betrieblichen Verhältnissen abhängt und für jedes Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Umstände neu bestimmt werden muss. Sie wird begrenzt durch die überwiegenden, berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 2 zu Art. 321a OR, mit Hinweisen).

3.4.4 Der Arbeitgeber ist kraft seines Weisungsrechts befugt, die Nutzung des Internets am Arbeitsplatz zu privaten Zwecken zu reglementieren. Er kann eine solche Benutzung des Internets einschliesslich sozialer Netzwerke (z.B. Facebook, MySpace, Xing oder LinkedIn) sowie des E-Mail-Verkehrs einschränken oder auch ganz verbieten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 17 zu Art. 328b OR). Wenn keine Vereinbarung oder Anordnung die private Benutzung der Büro- und Kommunikationsinfrastruktur verbietet, ist eine geringfügige private Nutzung des Internetzuganges durch den Arbeitnehmer erlaubt. Der privaten Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel wird jedoch einerseits durch den Abschluss des Arbeitsvertrages, wonach sich der Arbeitnehmer gemäss Art. 319 Abs. 1 OR zur Leistung von Arbeit und nicht zur Erledigung von privaten Angelegenheiten verpflichtet, sowie andererseits auch durch die Treupflicht des Arbeitnehmers, wonach

er gemäss Art. 321a Abs. 1 OR die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren hat, klare Grenzen gesetzt. Eine Treuepflichtverletzung liegt vor, sobald ein Arbeitnehmer Einrichtungen des Betriebs und/oder Arbeitszeit in übermässiger Weise für private Zwecke beansprucht. Ob eine konkrete Nutzung noch geringfügig oder bereits übermässig ist, hängt bei fehlender Vereinbarung oder Anordnung von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Von einer geringfügigen privaten Nutzung kann dann gesprochen werden, wenn der zeitliche Rahmen, der Kosten- und Ressourcenrahmen, der Sicherheitsrahmen sowie der inhaltliche Rahmen bei der Benutzung der elektronischen Kommunikationsmittel durch den Arbeitnehmer nicht überschritten wird (vgl. Christoph Holenstein, Die Benutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln (Internet und Intranet) im Arbeitsverhältnis, Bern 2002, 82, mit Hinweisen). Zu denken ist etwa an die Buchung der nächsten Ferienreise oder eines Konzertbesuchs, die Abfrage von Adressen oder Zugverbindungen oder auch der Versand von zwei bis drei kürzeren E-Mails pro Tag (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N. 17 zu Art. 328b OR).

3.4.5 Die Parteien vereinbarten im Arbeitsvertrag vom 10. Mai 2010 in Bezug auf die Treuepflicht Folgendes: "Der Arbeitnehmer nimmt die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen wahr. Der Arbeitnehmer hat neben den in diesem Vertrag speziell geregelten Treuepflichten insbesondere alle den Ruf des Arbeitgebers schädigenden Äusserungen und Handlungen, die Abwerbung von Kunden oder Mitarbeiter, die unerlaubte Benutzung von Arbeitgeber-Eigentum für den privaten Gebrauch und jegliche strafbaren Handlungen zu Lasten des Arbeitgebers zu unterlassen". Die Formulierung ist sehr offen gehalten. Es ist fraglich, ob das allgemein formulierte Verbot der Benutzung des Eigentums der Arbeitgeberin im Arbeitsvertrag auch die Benutzung des Internets umfasst. Wäre dies der Fall, so würde sich die Frage stellen, ob ein gänzlich Verbot der privaten Nutzung des Internetzugangs am Arbeitsplatz sich noch innerhalb der Schranken des Weisungsrechts des Arbeitgebers befindet. Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers steht dem Arbeitgeber grundsätzlich nur im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse zu. Ein gänzlicher Ausschluss der privaten Nutzung der Internetzuganges am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber ist zulässig, da der Arbeitgeber alle Arten von Anweisungen über das Verhalten am Arbeitsplatz erlassen darf, die betrieblich notwendig sind (vgl. Holenstein, a.a.O., 89, mit Hinweisen).

In ihren Rechtsschriften verweist die Klägerin an keiner Stelle auf eine entsprechende Weisung oder ein vertraglich vereinbartes Verbot. Hätte sie mit der genannten Regelung im Einzelarbeitsvertrag auch die Benutzung des Internets gemeint, so hätte sie sich im vorliegenden Verfahren wohl darauf gestützt. In ihrer Berufung weist sie, zumindest implizit, darauf hin, das firmenübliche Mass der Benutzung des Internets sei überschritten worden. Damit bringt sie zum Ausdruck, dass kein grundsätzliches Verbot zur Benutzung des Internets für private Zwecke bestand.

3.4.6 Es stellt sich also die Frage, ob der Beklagte das Internet in übermässiger Weise für private Zwecke benutzt hat. Die Klägerin stellt bei ihren Ausführungen den zeitlichen Rahmen der Benutzung in den Fokus und verweist auf den Auszug der Internetaktivität des Beklagten und die Aussagen der Zeugin K. Der Internetverantwortliche vermerkte auf dem Auszug in englischer Sprache, die Liste der geöffneten Dateien sei riesig. Die ausgewählte Seite rekapituliere ziemlich genau

seine Aktivitäten. Die Mehrheit der Dateien würden nicht die Klägerin betreffen und schienen persönlicher Natur zu sein. Dazu gilt es zu bemerken, dass es sich lediglich um einen Auszug der Internetaktivitäten handelt. Entgegen der Auffassung des Beklagten, wonach der Auszug nur den Monat September 2011 betreffe, werden Aktivitäten verschiedener Daten, ohne ersichtliche Reihenfolge, aufgelistet. Es ist deshalb nicht klar, ob es sich bei der Liste um eine repräsentative Auflistung handelt oder diese eigens für den Prozess angefertigt bzw. zusammengestellt wurde. Der Liste sind 70 Aktivitäten in einem Zeitraum von 13 Monaten zu entnehmen. Dies ergäbe lediglich sechs Bewegungen pro Monat. Weitere Bewegungen sind nicht bewiesen. Aus der Übersicht geht zudem auch nicht hervor, wie lange der Beklagte jeweils auf den entsprechenden Seiten verweilte. Ebenfalls zu berücksichtigen gilt, dass der Beklagte, nach eigenen Angaben, für seine Tätigkeit nicht auf das Internet angewiesen war, was die hohe Prozentzahl relativiert. Zudem ist lediglich behauptet und nicht bewiesen, dass 90 % der Aktivitäten persönliche Angelegenheiten betreffen. Die erwähnte Prozentzahl sagt, wie erwähnt, auch nichts über die Zeitdauer aus, in der das Internet genutzt wurde. Zwar hat K. ausgesagt, sie habe gesehen, dass der Beklagte oft am Surfen gewesen sei. Sie wisse nicht, ob dies zwei-, dreimal oder mehr am Tag vorgekommen sei. Es ist aber dem Kantonsgerichtspräsidenten darin zu folgen, dass sich aus dem Teilauszug über die Internetaktivitäten des Beklagten und der Zeugenaussage von K. keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das zulässige Mass derart überschritten worden wäre, dass von einer groben Pflichtverletzung ausgegangen werden müsste. Insgesamt bleibt die Klägerin den Beweis einer übermässigen Nutzung des Internets schuldig und vermag die behauptete grobe Treuepflichtverletzung nicht zu belegen. ...

3.6 Insgesamt vermag die Klägerin nicht zu beweisen, dass der Beklagte seine vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten grob verletzt hat. Die Verweigerung der Gratifikation ist damit nicht zulässig.

4./4.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte seine Forderung von Fr. 25'120.00 (Fr. 11'250.00 anteilmässiger 13. Monatslohn; Fr. 18'750.00 Gratifikation; abzüglich Fr. 4'880.00 Teilzahlung der Klägerin) gestützt auf den Arbeitsvertrag und die getroffene Vereinbarung über den Bonus im Aberkennungsprozess zu beweisen vermochte. Die Klägerin ist mit ihren Einreden nicht durchgedrungen. Die Berufung ist somit abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen.

**Art. 212 Abs. 1 und Art. 319 lit. a ZPO**

**Im Rahmen ihrer Entscheidkompetenzen ergangene Entscheide der Schlichtungsbehörde sind mit Beschwerde anfechtbar.**

**Art. 59 Abs. 2 lit. e und Art. 60 ZPO; Art. 26 aLugÜ**

**Liegt hinsichtlich der vor der Schlichtungsbehörde geltend gemachten und der in einem deutschen Entscheid beurteilten Ansprüche Identität vor, so darf die Schlichtungsbehörde nicht auf die Klage eintreten.**

Entscheid des Obergerichts vom 9. Februar 2012

Aus den Erwägungen:

1. Mit Beschwerde anfechtbar sind insbesondere nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide (Art. 319 lit. a ZPO). Hierunter fallen auch Entscheide der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 212 Abs. 1 ZPO (Dominik Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 14 zu Art. 212 ZPO; Christine Möhler, in: Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, N. 9 zu Art. 212 ZPO). Im Rahmen ihrer Entscheidkompetenzen gilt die Schlichtungsbehörde als erste Entscheidungsinstanz (Infanger, a.a.O., N. 1 zu Art. 212 ZPO).

Die Beschwerde ist binnen dreissig Tagen ab der Zustellung des begründeten Entscheides oder der nachträglichen Begründung schriftlich und begründet zu erklären (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Sachlich zuständig ist das Obergericht (Art. 37 Abs. 1 lit. b GOG). Auf die fristgemäss erklärte Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Es stellt sich die Frage, ob die Schlichtungsbehörde auf die Klage hätte eintreten dürfen.

2.1 Übt die Schlichtungsbehörde – wie im vorliegenden Fall – richterliche Funktion aus, ist sie verpflichtet, von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen für einen Entscheid oder einen Urteilsvorschlag erfüllt sind (Art. 60 ZPO; Infanger, a.a.O., N. 12 zu Art. 202 ZPO; Möhler, a.a.O., N. 16 zu Art. 202 ZPO). Fehlt nur eine Prozessvoraussetzung, darf sie keinen Sachentscheid fällen (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, Bern 2006, Kapitel 7, N. 78). Kommt sie im Rahmen dieser Prüfung zum Schluss, die Prozessvoraussetzungen lägen nicht vor, darf sie keinen Sachentscheid fällen, sondern darf auf die Sache nicht eintreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO; Möhler, a.a.O., N. 16 zu Art. 202 ZPO). Die Prozessvoraussetzungen müssen grundsätzlich zum Zeitpunkt des Entscheides oder des Urteilsvorschlags erfüllt sein (BGE 127 III 41, E. 4c). Das Obergericht überprüft im Rechtsmittelver-

fahren von Amtes wegen (Art. 60 ZPO), ob die Schlichtungsbehörde auf die Klage hätte eintreten dürfen.

2.2 Prozessvoraussetzung ist insbesondere, dass die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden wurde (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Hiermit soll verhindert werden, dass verschiedene Gerichte zur gleichen Sache zwischen den gleichen Parteien sich widersprechende Urteile fällen (Gehri, a.a.O., N. 18 zu Art. 59 ZPO). Als abgeurteilte Sache gelten insbesondere anerkannte Urteile ausländischer Gerichte zu identischen Ansprüchen (Domej/Oberhammer, in: Schnyder, Lugano-Übereinkommen [LugÜ] zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011, N. 12 zu Art. 33 LugÜ; Rolf Schuler, in: Oetiker/Weibel, Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, N. 10 zu Art. 33 LugÜ; Fridolin Walther, in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2011, N. 8 zu Art. 33 LugÜ).

3. Im vorliegenden Fall liegt ein Urteil eines deutschen Gerichts vor (Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz vom 8. April 2010). Es ist daher vorfrageweise zu prüfen, ob dieses Urteil in der Schweiz anerkannt werden kann.

3.1 Die Anerkennung von Urteilen deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen in der Schweiz richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ). Dieses Übereinkommen wurde am 30. Oktober 2007 revidiert. Gemäss Art. 63 Ziff. 1 des revidierten LugÜ (nachfolgend: revLugÜ) richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach diesem, wenn dieses bei Klageeinreichung sowohl im Urteils- als auch im Vollstreckungsstaat in Kraft stand (Oetiker/Weibel, in: Oetiker/Weibel, a.a.O., N. 7 zu Art. 63 LugÜ). Art. 63 Abs. 2 revLugÜ erweitert den zeitlichen Anwendungsbereich. Demnach sind die Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung des revLugÜ auch anwendbar, wenn die Klage vor dessen Inkrafttreten erhoben wurde, die Entscheidung aber nach dessen Inkrafttreten erging (Art. 63 Abs. 2 lit. a LugÜ; Tanja Domej, in: Dasser/Oberhammer, a.a.O., N. 10 zu Art. 63 LugÜ).

Das revLugÜ trat für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten (vgl. Art. 1 Abs. 3 revLugÜ; Felix Dasser, in: Dasser/Oberhammer, a.a.O., N. 4 zu Art. 1 LugÜ; Rohner/Lerch, in: Oetiker/Weibel, a.a.O., N. 14 zu Art. 1 LugÜ) am 1. Januar 2010 und für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft (Anhang IX des revLugÜ). Das Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz wurde am 8. April 2010 eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt stand das revLugÜ wohl in Deutschland, nicht aber in der Schweiz in Kraft. Auf den vorliegenden Fall sind deshalb die Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens vom 16. September 1988 (nachfolgend: aLugÜ) anwendbar.

3.2/3.2.1 Das LugÜ geht davon aus, dass die in den einzelnen Vertragsstaaten ergangenen Entscheide grundsätzlich gleichwertig sind (Schuler, a.a.O. N. 3 zu Art. 33 LugÜ; Walther, a.a.O., N. 2 zu Art. 33 LugÜ). Gemäss Art. 26 Abs. 1 aLugÜ sind die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheide in den anderen Vertragsstaaten zu anerkennen, ohne dass hierfür ein besonderes Verfahren erforderlich wäre. Es gilt demnach die automatische Anerkennung von in anderen Lugano-

Vertragsstaaten ergangenen Entscheiden (Schuler, a.a.O., N. 2 zu Art. 33 LugÜ; Walther, a.a.O., N. 1 zu Art. 33 LugÜ). Die Anerkennung erfolgt unter dem Vorbehalt, dass kein Verweigerungsgrund gemäss Art. 28–29 aLugÜ vorliegt. Das Fehlen von Verweigerungsgründen wird vermutet (Schuler, a.a.O., N. 5 zu Art. 33 LugÜ; Walther, a.a.O., N. 1 zu Art. 33 LugÜ).

3.2.2 Ausländische Zivilurteile und Kostenentscheide können in der Schweiz vollstreckt werden, wenn sie von einem schweizerischen Gericht vorfrageweise oder in einem gesonderten Exequaturverfahren für vollstreckbar erklärt worden sind (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basel 2010, N. 59 zu Art. 80 SchKG; OGKE R 07/037 i.S. P.W. vom 9. Mai 2008, E. 2).

Demnach werden Urteile deutscher Gerichte in der Schweiz anerkannt und vollstreckt, sofern sie in Deutschland vollstreckbar sind und in der Schweiz auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind. Vorliegend sind die Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen erfüllt. Insbesondere ergibt sich aus den Akten, dass das Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz den Parteien am 8. April 2010 verkündet und die dagegen erhobene Berufung ans Landgericht Heilbronn zurückgenommen wurde. Das Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz wäre somit anzuerkennen und wohl als vollstreckbar zu erklären.

4. Zu prüfen ist ferner, ob der im Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz vom 8. April 2010 beurteilte Anspruch mit dem im angefochtenen Entscheid streitigen Anspruch identisch ist.

4.1 Die Identität von Ansprüchen beurteilt sich nach schweizerischen Recht (Hans Ulrich Walder, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, § 9, N. 4). Identität im Sinne der materiellen Rechtskraft liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn zwischen den gleichen Parteien ein Anspruch aus dem selben Rechtsgrund und gestützt auf den selben Sachverhalt erneut dem Gericht vorgelegt wird (BGE 123 III 16, E. 2a; 121 III 471, E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 5A\_452/2006 vom 18. September 2009, E. 2.2.1 und 4A\_145/2009 vom 16. Juni 2009, E. 1.3).

4.2 Gemäss E. 6 des angefochtenen Entscheides besteht die Forderung der Beschwerdegegnerin in einer Zahlung, zu der die Beschwerdeführerin vom Amtsgericht Vaihingen/Enz verurteilt wurde. E. 7 des angefochtenen Entscheides ist zu entnehmen, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin durch das Urteil des Amtsgerichts Vaihingen/Enz ausgewiesen ist. Der Präsident der Schlichtungsbehörde hält in seiner Stellungnahme fest, dass die Einwendungen der Beschwerdeführerin vom Amtsgericht Vaihingen/Enz rechtskräftig beurteilt wurden. Das vorliegende Verfahren betrifft somit eine Frage, über die ein deutsches Gericht bereits rechtskräftig entschieden hat. Es liegt demnach ein identischer Anspruch vor.

4.3 Zu prüfen bleibt, ob die Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft eines anerkannten ausländischen Entscheides von Amtes wegen oder auf Einrede hin zu beachten ist. Diese Frage richtet sich nach dem nationalen Recht des Anerkennungsstaates (Gehri, a.a.O., N. 19 zu Art. 59 ZPO; Schuler, a.a.O., N. 11 zu Art. 33 LugÜ) und ist in der Schweiz umstritten. Die Mehrheitsmeinung spricht sich dafür

aus, die materielle Rechtskraft anerkannter ausländischer Entscheide von Amtes wegen zu beachten (Schuler, a.a.O., N. 13 zu Art. 33 LugÜ; Vogel/Spühler, a.a.O., Kapitel 2, N. 46f; Oscar Vogel, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis, in: SJZ 86 [1990], 83; Walder, a.a.O.; a.M. Max Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, 114 f.). Als Gründe werden der Grundsatz der automatischen Anerkennung sowie das Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher Entscheide genannt (Schuler, a.a.O., N. 13 zu Art. 33 LugÜ). Diese Ansicht ist überzeugend. Die materielle Rechtskraft des Urteils des Amtsgerichts Vaihingen/Enz vom 8. April 2010 ist im vorliegenden Fall zu beachten. Es liegt eine abgeurteilte Sache im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO vor.

5. Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz in der Sache keinen Entscheid fällen dürfen, sondern die materielle Rechtskraft des ausländischen Urteils anerkennen und einen Nichteintretensentscheid fällen müssen. Es stellt sich daher die Frage, wie mit dem zu Unrecht erfolgten Sachentscheid der Vorinstanz umzugehen ist.

5.1 *Gehri* vertritt die Ansicht, trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung ergangene Gerichtsentscheide seien nichtig (a.a.O., N. 12 zu Art. 60 ZPO). *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi* sind hingegen der Meinung, dass Urteile, die ergangen sind, obwohl es an einer Prozessvoraussetzung mangelte, grundsätzlich Bestand hätten, ausser sie würden weitergezogen (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N. 3a zu Art. 191 ZPO/BE). Nach der Rechtsprechung der Obergerichtskommission ist die Nichtigkeit eines gerichtlichen Entscheides nur in Ausnahmefällen anzunehmen (OGKE R 03/037 vom 2. Dezember 2003, E. 2, mit Hinweis auf BGE 63 III 57; OGKE SK 00/005 vom 11. August 2000, E. 2).

Es liesse sich argumentieren, die Gefahr sich in der Sache widersprechender Urteile (vgl. E. 2.2) verlange die Nichtigkeit von Entscheiden, die trotz Vorliegens einer abgeurteilten Sache ergangen sind. Auf der anderen Seite war diese Prozessvoraussetzung nach einigen kantonalen Prozessordnungen nur auf Einrede hin zu beachten (vgl. *Studer/Rüegg/Eiholzer*, *Der Luzerner Zivilprozess*, Kriens 1994, N. 3 zu § 100 ZPO/LU). Ferner hat das Gericht auch unter der geltenden Eidgenössischen Zivilprozessordnung nur dann zu prüfen, ob eine abgeurteilte Sache vorliegt, wenn sich aufgrund der Akten oder der Parteivorbringen entsprechende Anhaltspunkte ergeben (*Boris Müller*, in: *Brunner/Gasser/Schwander*, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich/St. Gallen 2011, N. 16 zu Art. 59 ZPO; *Alexander Zürcher*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Zürich 2010, N. 4 zu Art. 60 ZPO). Demnach lässt die Rechtsordnung im beschränkten Umfang das Bestehen mehrerer Urteile in der gleichen Sache zu. Es liesse sich daher mit guten Gründen entgegen, gerichtliche Entscheide, die gefällt wurden, obwohl eine abgeurteilte Sache vorlag, seien grundsätzlich gültig, könnten aber im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden.

5.2 Im vorliegenden Fall fällte die Schlichtungsbehörde einen Entscheid, obwohl sie gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO nicht auf die Sache hätte eintreten dürfen. Sie versties somit gegen geltendes Bundesrecht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Ob der angefochtene Entscheid gar nichtig ist, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

6. Insgesamt ergibt sich, dass die Schlichtungsbehörde zu Unrecht auf die Klage vom 11. Januar 2011 eingetreten ist. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Entscheid der Schlichtungsbehörde vom 10. März 2011 aufzuheben.

8

**Art. 290, Art. 298 und Art. 304 ZGB  
Vertretungsbefugnis des Erziehungsbeistands in Konkurrenz zur elterlichen Sorge. Gesetzliche Vertretungsbefugnis der Einwohnergemeinde bei der Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen (E. 2).**

**Art. 59 ZPO; Art. 26 Ziff. 1 und Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ; Art. 2 Ziff. 2 HÜVU  
Rechtsschutzinteresse an der erneuten Zustellung eines Urteils, dessen Anerkennung und Vollstreckung durch die österreichischen Gerichte verweigert worden war. Anwendbares Recht. Rechtsfolgen der mangelhaften Zustellung der Klageschrift und des Urteils (E. 4–9).**

Entscheid des Obergerichts vom 21. März 2012

Sachverhalt:

C. beantragte mit Klage vom 16. Mai 2007 beim Kantonsgericht Obwalden, es sei festzustellen, dass K. ihr Vater sei und es sei dieser zu vom Gericht festzusetzenden Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten.

Das Kantonsgericht ersuchte am 30. Mai 2007 das Bezirksgericht Schladming (Österreich) unter anderem, K. die Klage zuzustellen. Dieses retournierte das Ersuchen unbearbeitet. Die Klage habe nicht zugestellt werden können, da K. gemäss dem Zentralen Melderegister nach unbekannt verzogen sei. In der Folge meldete das Kantonsgericht K. den Klageeingang durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Obwalden.

Das Kantonsgericht lud die Parteien in der Folge zur Hauptverhandlung auf den 28. April 2008 vor. K. wurde die Vorladung durch Veröffentlichung im Amtsblatt mitgeteilt.

Mit Urteil vom 28. April 2008 stellte das Kantonsgericht die Vaterschaft von K. fest und verpflichtete diesen, C. rückwirkend ab dem 19. April 2006 bis zu deren Mündigkeit monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 700.-- zu bezahlen. Das Urteil wurde K. durch Publikation im Amtsblatt mitgeteilt.

Mit Entscheid vom 29. April 2010 erklärte das Bezirksgericht Vöcklabruck (Österreich) das Urteil vom 28. April 2008 für vollstreckbar und erteilte die Forderungs- und Fahrnisexekution. Hiergegen rekurrierte K. ans Landgericht Wels. Dieses hiess den Rekurs gut und hob die Vollstreckbarkeitserklärung sowie die Bewilligung der Forderungs- und Fahrnisexekution auf. Das Gericht vertrat die Ansicht,

K. habe ohne sein Verschulden keine Kenntnis vom Verfahren gehabt. Die Zustellung sei daher nicht rechtzeitig erfolgt. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 schützte der Oberste Gerichtshof diesen Entscheid.

Daraufhin gelangte C. am 14. April 2011 erneut ans Kantonsgericht und ersuchte dieses, das Urteil vom 28. April 2008 K. auf dem Rechtshilfsweg erneut zuzustellen. Eventualiter sei das Urteil K. durch Publikation im Amtsblatt als auch in den jeweiligen Publikationsorganen in Österreich und eventuell in Deutschland mitzuteilen. Mit Entscheid vom 29. April 2011 trat der Kantonsgerichtspräsident I wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses auf das Gesuch nicht ein.

Hiergegen erhob C., vertreten durch die Einwohnergemeinde Giswil, am 12. Mai 2011 Berufung beim Obergericht des Kantons Obwalden und beantragte, der Entscheid des Kantonsgerichts vom 29. April 2011 sei aufzuheben, auf das Gesuch betreffend Neuzustellung vom 14. April 2011 sei einzutreten und die dort gestellten Anträge seien gutzuheissen, eventualiter sei das Kantonsgericht anzuweisen, den österreichischen Gerichten darzulegen, welche Nachforschungen vor der Zustellung der Klage durch Veröffentlichung im Amtsblatt gemacht worden seien sowie alle notwendigen Vorkehren zu treffen, damit die Vollstreckung des Urteils in Österreich möglich sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates, eventualiter zulasten des Gesuchsgegners/Berufungsgegners.

Aus den Erwägungen:

2. Die Berufungsklägerin wird im vorliegenden Fall durch ihre Mutter, A., vertreten. Diese wird wiederum durch die Einwohnergemeinde Giswil vertreten. Da sich andernfalls die weitere Prüfung der Berufung erübrigt, ist vorerst zu prüfen, ob die Einwohnergemeinde Giswil berechtigt ist, die Berufungsklägerin zu vertreten.

2.1 Im vorliegenden Fall bevollmächtigte die Mutter der Berufungsklägerin, A., als deren gesetzliche Vertreterin die Einwohnergemeinde Giswil zur gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vertretung und zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche gemäss dem Urteil des Kantonsgerichts Obwalden vom 28. April 2008. Es stellt sich in erster Linie die Frage, ob A. berechtigt war, diese Vollmacht in gesetzlicher Vertretung der Berufungsklägerin zu erteilen.

2.2 Eltern vertreten ihre Kinder von Gesetzes wegen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Sind die Eltern unverheiratet, steht die elterliche Sorge der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). A. ist somit grundsätzlich gesetzliche Vertreterin der Berufungsklägerin. Derweil ergibt sich aus den Akten, dass die Berufungsklägerin durch ihren Onkel, P., verbeiständet ist. Es wird sich dabei um eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB handeln. In der Lehre ist umstritten, inwieweit dem Erziehungsbeistand Vertretungsbefugnis zukommt. Während ein Teil dem Beistand jede Vertretungsbefugnis abspricht (Michelle Cottier, in: Büchler/Jakob, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, Basel 2012, N. 3 zu Art. 308 ZGB), spricht sich ein anderer Teil für eine beschränkte Vertretungsbefugnis aus, die in Konkurrenz zur elterlichen Sorge steht (statt vieler: Peter Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2010, N. 5 zu Art. 308 ZGB; Albert Guler, in: Kren

Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2011, N. 2 zu Art. 308 ZGB). Dieser Lehrstreit braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, denn nach beiden Lehrmeinungen beschränkt die Beistandschaft die elterliche Sorge nicht grundsätzlich (Guler, a.a.O., N. 2 zu Art. 308 ZGB). A. war demnach berechtigt, die Vollmacht für die Berufungsklägerin zu unterzeichnen.

2.3 Im Übrigen wäre es nicht notwendig gewesen, die Einwohnergemeinde Giswil rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen. Aus dem Text der Vollmacht ergibt sich, dass die Einwohnergemeinde die Berufungsklägerin beim Inkasso der von ihr vorgeschossenen Unterhaltsbeiträge unterstützt. Gemäss Art. 290 ZGB ist die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle verpflichtet, den anderen Elternteil in geeigneter Weise und unentgeltlich zu unterstützen, wenn der verpflichtete Elternteil seinen Unterhaltspflichten gegenüber dem Kind nicht nachkommt. Zuständige Behörde ist im Kanton Obwalden die Einwohnergemeinde, in der die anspruchsberechtigte Person Wohnsitz hat (Art. 6a der Verordnung vom 10. November 1983 über das Inkasso und die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen [GDB 870.12]). Die Unterstützung gemäss Art. 290 ZGB beinhaltet die Befugnis, die betriebsrechtlichen Schritte im Namen des Kindes einzuleiten (Margot Michel, in: Bächler/Jakob, a.a.O., N. 3 zu Art. 308 ZGB). Vorliegend geht es letztlich um die Vollstreckung eines gerichtlichen Entscheides. Die Einwohnergemeinde Giswil ist somit von Gesetzes wegen ermächtigt, die Berufungsklägerin im vorliegenden Verfahren zu vertreten (vgl. BGE 109 Ia 72). ...

4./4.1 Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, die österreichischen Gerichte hätten die Vollstreckbarkeitserklärung deshalb abgewiesen, weil der Berufungsbeklagte als unverheirateter Vater nicht mit einer Klage habe rechnen müssen und ihm deshalb das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht ohne zusätzliche Nachforschungen mittels öffentlicher Bekanntmachung hätte zugestellt werden dürfen. Dieser Mangel könne mit der erneuten Zustellung des Urteils vom 28. April 2008 nicht geheilt werden. Einerseits handle es sich beim Urteil nicht um das verfahrenseinleitende Dokument, andererseits sei die Frist für ein allfälliges Wiedereinsetzungsbegehren gemäss Art. 80 Abs. 2 ZPO OW bereits abgelaufen. Der Berufungsklägerin fehle es deshalb an einem schutzwürdigen Rechtsschutzinteresse.

Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, die zusätzlichen Nachforschungen hätten einzig und allein durch das Kantonsgericht erfolgen müssen und können. Dieses habe trotz der fehlerhaften Zustellung ein Säumnisurteil gefällt und dieses anschliessend im Amtsblatt publiziert. Dabei habe bereits die Klage nicht rechtsgültig durch Veröffentlichung zugestellt werden können. Wenn der Berufungsbeklagte nicht mit der Zustellung einer Klage habe rechnen müssen, sei dies bei der Zustellung eines Urteils erst recht der Fall. Wegen der fehlenden Zustellung des Urteils sei der Fristenlauf für die Wiedereinsetzung nicht ausgelöst worden. Durch neuerliche Zustellung des Urteils würde die Frist von neuem beginnen und der Berufungsbeklagte könnte sich entsprechend gegen die vermutete Vaterschaft und die daraus resultierenden Unterhaltsbeiträge zur Wehr setzen.

4.2/4.2.1 Das Gericht tritt auf die Klage oder das Gesuch ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzung ist insbesondere, dass die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO).

4.2.2 Rechtsschutz ist zu gewähren, wenn eine Partei darauf angewiesen ist, um eine Rechtsposition durchzusetzen, zu wahren oder zu schützen. Das Gericht soll nicht aus blossem Wissensdurst oder Neugier zur Beantwortung allgemeiner Rechtsfragen angerufen werden können. Vielmehr muss die klagende oder gesuchstellende Partei ein hinreichendes, persönliches und aktuelles Interesse am angehobenen Verfahren haben. Das Rechtsschutzinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Ein Rechtsschutzinteresse tatsächlicher Natur liegt vor, wenn die Partei bei Gutheissung ihres Begehrens einen praktischen oder finanziellen Vorteil erlangt (Roger Morf, in: Gehri/Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N. 16 f. zu Art. 59 ZPO). Bei dieser Beurteilung ist kein allzu strenger Massstab anzulegen. Auch der Gewinn von Rechtssicherheit kann genügen (Matthias Courvoisier, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N. 4 zu Art. 59 ZPO).

Im vorliegenden Fall ist ein Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn das Urteil vom 28. April 2008 bei erneuter Zustellung an den Berufungsbeklagten vollstreckt werden könnte oder wenn das Verfahren infolge Wiedereinsetzung in den früheren Verfahrensstand wieder aufgerollt werden könnte (vgl. E. 8). Die Stellung der Berufungsklägerin würde sich in beiden Fällen verbessern. Letztlich würde sie so oder anders über einen vollstreckbaren Entscheid verfügen. Es ist deshalb vorfrageweise zu prüfen, ob die österreichischen Gerichte das Urteil vom 28. April 2008 oder ein allfälliges neues Urteil für vollstreckbar erklären könnten, wenn das Urteil vom 28. April 2008 oder ein allfälliges neues Urteil dem Berufungsbeklagten erneut zugestellt würde.

5. Es ist vorerst zu prüfen, nach welchem Recht sich die Anerkennung und Vollstreckungserklärung eines Urteils des Kantonsgerichts Obwalden durch die österreichischen Gerichte richtet.

5.1/5.1.1 Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) regelt unter anderem die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen der Vertragsstaaten. Dieses Abkommen wurde am 30. Oktober 2007 revidiert. Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen richtet sich nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen (nachfolgend: revLugÜ), wenn dieses bei Klageeinreichung sowohl im Urteils- als auch im Vollstreckungsstaat in Kraft stand (Art. 63 Ziff. 1 revLugÜ; Oetiker/Weibel, in: Oetiker/Weibel, Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, N. 7 zu Art. 63 LugÜ) oder wenn die Klage vor dessen Inkrafttreten erhoben wurde, die Entscheidung aber nach dessen Inkrafttreten erging (Art. 63 Abs. 2 lit. a revLugÜ).

Das revLugÜ trat für die Europäische Union und deren Mitgliedstaaten (vgl. Art. 1 Abs. 3 revLugÜ) am 1. Januar 2010 und für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft (Anhang IX des revLugÜ). Das Urteil des Kantonsgerichts Obwalden erging

am 28. April 2008. Im vorliegenden Fall ist deshalb das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (nachfolgend aLugÜ) anwendbar. Auf ein allfälliges neues Urteil (vgl. E. 8.2.2) wäre das revidierte Lugano-Übereinkommen anwendbar. Dieses bringt jedoch für die hier interessierenden Fragen keine wesentlichen Änderungen (vgl. Art. 33–37 revLugÜ), sodass die nachfolgenden Ausführungen auch für die Anerkennung und Vollstreckung eines allfälligen neuen Urteils gelten.

5.1.2 Das Lugano-Übereinkommen ist auf Zivil- und Handelssachen anwendbar, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 aLugÜ). Auf Streitigkeiten, welche den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die gesetzliche Vertretung, die ehelichen Güterstände oder das Erb- und Testamentsrecht betreffen, ist es nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 aLugÜ); hingegen findet das Lugano-Übereinkommen Anwendung auf Unterhalts-sachen (vgl. Art. 5 Ziff. 2 aLugÜ; Rohner/Lerch, in: Oettiker/Weibel, a.a.O., N. 68 zu Art. 1 LugÜ). Nicht anwendbar ist das Übereinkommen jedoch auf Urteile, welche die Begründung und Wirkungen des Kindesverhältnisses betreffen. Vaterschaftsklagen fallen demnach nicht in seinen Anwendungsbereich (Rohner/Lerch, a.a.O., N. 71 zu Art. 1 LugÜ). Das Lugano-Übereinkommen ist somit auf die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils vom 28. April 2008 anwendbar, soweit dieses die Unterhaltsansprüche der Berufungsklägerin betrifft.

5.1.3 Das Lugano-Übereinkommen geht dem Vertrag von 16. Dezember 1960 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (SR 0.276.191.632) in seinem Anwendungsbereich vor (Art. 55, 11. Lemma i.V.m. Art. 56 Abs. 1 aLugÜ). Soweit es um die Unterhaltsansprüche der Berufungsklägerin geht, ist dieser Vertrag im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

5.2/5.2.1 Das Übereinkommen vom 15. April 1958 über die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (HÜVU; SR 0.211.221.432) regelt die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über Begehren internationalen oder innerstaatlichen Charakters, die den Unterhaltsanspruch eines ehelichen, nichtehelichen oder angenommenen Kindes zum Gegenstand haben, das unverheiratet ist und das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 1 Abs. 1 HÜVU). Diesem Abkommen sind sowohl Österreich als auch die Schweiz beigetreten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) kann dieses Abkommen bei der Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen neben dem Lugano-Übereinkommen angerufen werden (Urteil vom 27. Februar 1997 in der Rechtssache C-220/95, *van Boogaard c. Laumen*, Slg. 1997, I-01147, Randnr. 9–15 [abrufbar unter [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)]). Die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils vom 28. April 2008 durch die österreichischen Gerichte ist demnach auch nach diesem Abkommen zu prüfen.

5.2.2 Das Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (SR 0.211.213.02) ist anwendbar auf Entscheidungen über Unterhaltspflichten aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft, einschliesslich der Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kind, die von Gerichten oder Verwaltungsbehörden eines Ver-

tragsstaates erlassen worden sind (Art. 1 Abs. 1). Österreich ist diesem Abkommen nicht beigetreten. Es findet daher im vorliegenden Fall keine Anwendung.

5.3 Nach Art. 2 Ziff. 2 HÜVU sind Unterhaltsentscheidungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind, in einem anderen Vertragsstaat ohne sachliche Nachprüfung zu anerkennen und für vollstreckbar zu erklären, wenn die beklagte Partei nach dem Recht des Staates, welchem die entscheidende Behörde angehört, ordnungsgemäss geladen oder vertreten war. Im Falle eines Säumnisurteils kann die Anerkennung oder Vollstreckung versagt werden, wenn die Vollstreckungsbehörde zur Ansicht gelangt, die säumige Partei habe ohne ihr Verschulden keine Kenntnis vom Verfahren gehabt oder habe sich in ihm nicht verteidigen können (Art. 2 Ziff. 2 Abs. 2 HÜVU).

5.4/5.4.1 Gemäss Art. 26 Ziff. 1 aLugÜ werden in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidungen in den anderen Vertragsstaaten anerkannt, ohne dass hierfür ein besonderes Verfahren notwendig wäre. Ausnahmsweise kann die Anerkennung verweigert werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäss oder nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen könnte (Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ). Dieser Verweigerungsgrund betrifft den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, insbesondere bei Säumnisurteilen (Rolf Schuler, in: Oetiker/Weibel, a.a.O., N. 24 zu Art. 34 LugÜ). Erging eine Säumnisentscheidung, ohne dass der Beklagte die Möglichkeit hatte, sich im Erkenntnisverfahren zu verteidigen, liegt eine derart klare und massive Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, dass dem trotzdem ergangenen Entscheid die Anerkennung zu versagen ist (Fridolin Walther, in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2008, N. 38 zu Art. 27 LugÜ).

5.4.2 Das verfahrenseinleitende Schriftstück im Sinne von Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ ist jene Urkunde, mit der dem Beklagten nach dem Recht des Urteilsstaates das dem zu anerkennenden Entscheid zugrunde liegende Verfahren erstmals zur Kenntnis gebracht wird. In der Regel handelt es sich dabei um die Klageschrift oder die Vorladung (Schuler, a.a.O., N. 33 f. zu Art. 35 LugÜ; Walther, a.a.O., N. 40 zu Art. 27 LugÜ).

5.4.3 Bei der Zustellung der Klageschrift oder der Vorladung durch Veröffentlichung handelt es sich um eine fiktive Zustellung. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) wird diese nur anerkannt, wenn sie ordnungsgemäss und rechtzeitig erfolgte. Ordnungsgemäss ist die fiktive Zustellung, wenn sie nach dem Recht des Urteilsstaats zulässig ist. Rechtzeitig ist die Zustellung, wenn dem Beklagten nach der Zustellung genügend Zeit für seine Verteidigung bleibt. Zu beachten ist dabei der Zeitraum, den der Beklagte benötigt, um den Erlass eines Säumnisurteils zu verhindern (Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 116/80, *Klomps c. Michel*, Slg. 1981, I-00411, Randnr. 18 [abrufbar unter [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)]). Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Beklagte die Zustellung tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Vielmehr ist im Einzelfall bloss zu prüfen, ob die fiktive Zustellung aufgrund aussergewöhnlicher Umstände genügt (Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 116/80, *Klomps c. Michel*, Slg. 1981, I-00411, Randnr. 17–21 [abrufbar unter [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)]).

pa.eu]). Ein aussergewöhnlicher Umstand liegt namentlich vor, wenn der Beklagte den Wohnsitz wechselte, der Kläger oder Gesuchsteller erst nach der Zustellung des Schriftstücks von diesem Wohnsitzwechsel erfuhr und der Beklagte zu vertreten hat, dass ihn das ordnungsgemäss zugestellte Schriftstück nicht erreichte (Urteil vom 11. Juni 1985 in der Rechtssache 49/84, *Debaecker c. Bowman*, Slg. 1985, 01779, Randnr. 29–33 [abrufbar unter abrufbar unter [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)]). Nach der Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs kann deshalb eine fiktive Zustellung ohne Hinzutreten weiterer Umstände niemals rechtzeitig sein (Urteil 3Ob179/00w vom 20. September 2000 E. 3 [abrufbar unter [www.ris.bka.gv.at/Judikatur/](http://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/)]).

5.4.4 Der Oberste Gerichtshof Österreichs befasste sich bereits mit einem Unterhaltsansprüche betreffenden Säumnisurteil eines schweizerischen Gerichts. Er entschied, dass die Vorladung mittels Veröffentlichung nach dem in diesem Fall anwendbaren Zivilprozessrecht des Kantons Zürich zwar zulässig und deshalb ordnungsgemäss sei, Art. 2 Ziff. 2 HÜVU bzw. Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ die Schutzvorschriften zugunsten des Beklagten aber erweitere. Der Unterhaltspflichtige könne sich jedoch nicht auf die Unkenntnis berufen, wenn er verschwinde, um sich der Ladung zu entziehen. Sei gegen den Vater eines ehelichen Kindes ein Säumnisurteil ergangen, müsse nicht nachgewiesen werden, dass diesen ein Verschulden an der Unkenntnis des Verfahrens treffe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass dem Vater eines ehelichen Kindes die Existenz dieses Kindes bekannt sei und er deshalb mit Unterhaltsansprüchen rechnen müsse. Es sei ihm an sich (*prima facie*) als Verschulden anzurechnen, wenn er von der Einleitung eines Verfahrens keine Kenntnis habe, weil er sich ohne Angabe einer Anschrift von dem letzten bekannten Aufenthaltsort entfernt habe (Urteil 3Ob118/00z vom 30. Oktober 2000 [abrufbar unter [www.ris.bka.gv.at/Judikatur/](http://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/)]).

5.4.5 Im vorliegenden Fall entschied das Landgericht Wels mit Beschluss vom 28. Juli 2010, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Berufungsbeklagte einer Zustellung entzogen oder die Unwirksamkeit der darauf folgenden fiktiven Zustellung durch ein ihm vorzuwerfendes Verhalten herbeigeführt habe. Die Klage sei erst nach seinem Wegzug aus R. eingebracht worden. Da der Berufungsbeklagte nicht in der Schweiz berufstätig gewesen sei, habe von ihm auch nicht erwartet werden können, dass er das dort hängige Vaterschafts- und Unterhaltsverfahren zur Kenntnis nehme. Im Weiteren handle es sich bei der Berufungsklägerin um ein uneheliches Kind und die Vaterschaft des Berufungsbeklagten sei fraglich gewesen. Die Abmeldung aus R. ohne Angabe einer neuen Anschrift könne deshalb nicht als an sich schuldhaft gelten. Dieser Entscheid wurde vom Obersten Gerichtshof geschützt.

6. Es stellt sich die Frage, ob dem Beklagten das verfahrensleitende Schriftstück rechtsgenügend zugestellt wurde.

6.1 Soweit Fragen im Zusammenhang mit dem zum Urteil vom 28. April 2008 führenden Verfahren zu beurteilen sind, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Am 1. Januar 2011 trat die Eidgenössische ZPO in Kraft (AS 2010, 1739 ff.). Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO ist auf die bei Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO hängigen Verfahren bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz das bisherige kantonale Verfahrensrecht anwendbar. Das zum Urteil vom 28. April

2008 führende Verfahren war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen. Wenn das bisherige kantonale Verfahrensrecht auf bei Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO noch hängige Verfahren anwendbar bleibt, muss dies auch für Fragen im Zusammenhang mit Verfahren gelten, die zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren. Diese Fragen bestimmen sich demnach nach der Zivilprozessordnung des Kantons Obwalden vom 9. März 1973 (ZPO OW).

6.2/6.2.1 Das Kantonsgericht teilte dem Berufungsbeklagten das Urteil durch Veröffentlichung im Amtsblatt mit. Art. 64 Abs. 1 ZPO OW sieht vor, dass gerichtliche Akten durch die Post, den Weibel oder die Veröffentlichung im Amtsblatt zugestellt werden können. Die Veröffentlichung im Amtsblatt ist unter anderem zulässig, wenn der Wohnort oder der Aufenthalt des Adressaten unbekannt ist oder eine auswärtige Behörde die Zustellung nicht vornimmt oder nicht vornehmen kann (Art. 67 Abs. 1 lit. a und c ZPO OW).

6.2.2 Im internationalen Verhältnis sind staatsvertragliche Bestimmungen zu beachten (Remo Bornatico, in: Spuhler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 138 ZPO). Die Zustellung gerichtlicher Urkunden muss derart erfolgen, dass die Anerkennung und Vollstreckung eines künftigen Entscheides im Ausland möglich ist (im Ergebnis gleich: Bornatico, a.a.O., N. 36 zu Art. 138 ZPO). Nach dem Ausgeführten müssen gerichtliche Zustellungen im Verhältnis zwischen der Schweiz und Österreich demnach den betreffenden Vorschriften des HÜVU oder des Lugano-Übereinkommens genügen. In Bezug auf Letzteres ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) grundsätzlich auch durch die schweizerischen Gerichte zu beachten (BGE 135 III 185, E. 3.2; 129 III 626, E. 5.2.1; 125 III 451, E. 3b; 125 III 108, E. 3c; 124 III 188, E. 4b). Das verfahrenseinleitende Schriftstück muss der beklagten Partei somit grundsätzlich tatsächlich zugestellt werden, es sei denn, diese habe durch eigenes Verschulden keine Kenntnis vom Verfahren genommen (vgl. E. 5.3 und 5.4).

6.3/6.3.1 Nach der Darstellung im Urteil vom 28. April 2008 ersuchte das Kantonsgericht das Bezirksgericht Schladming am 30. Mai 2007 unter anderem, dem Berufungsbeklagten die Klage zuzustellen. Dieses stellte fest, dass der Berufungsbeklagte gemäss Auskunft aus dem Zentralen Melderegister vom 9. Oktober 2007 nach unbekannt verzogen ist. Es sandte das Zustellersuchen daher ans Kantonsgericht zurück. Daraufhin teilte das Kantonsgericht dem Berufungsbeklagten den Klageeingang mittels Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons Obwalden mit. Zur Hauptverhandlung vom 28. April 2008 wurde der Berufungsbeklagte ohne weitere Zustellungsversuche durch Publikation im Amtsblatt vorgeladen. Das Urteil teilte die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten wiederum durch Veröffentlichung im Amtsblatt mit.

6.3.2 Das Landgericht Wels erachtete insbesondere die Zustellung der Klage durch Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt als nicht genügend. Dem kann gefolgt werden. Das Kantonsgericht hätte allein aufgrund der Auskunft aus dem Zentralen Melderegister nicht darauf schliessen dürfen, der Aufenthaltsort des Berufungsbeklagten sei unbekannt bzw. die Zustellung an ihn sei nicht möglich. Vielmehr hätte es weitere Abklärungen treffen müssen, bestanden doch aufgrund der Akten zahlreiche Anhaltspunkte (vgl. nun auch Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO, wonach zumutbare Nachforschungen verlangt werden, ehe eine Zustellung durch Publikation im kan-

tonalen Amtsblatt erfolgen kann). So ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte bei der R. Ges.m.b.H. als selbständiger DJ beschäftigt war. Das Kantonsgericht hätte rechtshilfweise bei dieser nach der Adresse des Berufungsbeklagten nachfragen können. Weiter sind die Rechnungen an die R. Ges.m.b.H. ausgestellt. Aus den Abklärungen des Bezirksgerichts Schladming geht ferner hervor, dass der Berufungsbeklagte über diese Agentur bei der R. tätig war. Das Kantonsgericht hätte sich folglich auf dem Rechtshilfsweg bei D. nach der Adresse des Berufungsbeklagten erkundigen können. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Internet-Suche bei Google nach "D." zu einer Webseite führt, auf der sich der Berufungsbeklagte mit Bild und Referenzen vorstellt. Mit grosser Wahrscheinlichkeit kann somit davon ausgegangen werden, dass die Zustellung an die Adresse dieser Agentur den Berufungsbeklagten erreicht hätte. Ferner ergibt sich aus der Auskunft des Zentralen Melderegisters, dass der Personalausweis des Berufungsbeklagten in B. (Deutschland) ausgestellt wurde. Das Kantonsgericht hätte rechtshilfweise auch in dieser Richtung Abklärungen treffen können. Auch diese wären erfolgsversprechend gewesen, war doch der Berufungsbeklagte gemäss eigenen Angaben in B. gemeldet.

6.3.3 Somit ergibt sich, dass die Zustellung der Klage mittels Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt mangelhaft war. Dies gilt auch für die darauf folgenden Zustellungen, insbesondere die Zustellung des Urteils vom 28. April 2008 im Amtsblatt. Die mangelhafte Zustellung zeitigt keine Wirkung und ist zu wiederholen (Bornatico, a.a.O., N. 26 zu Art. 138 ZPO; Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N. 71 zu Art. 138 ZPO; Reto M. Jenny, in: Gehri/Kramer, a.a.O., N. 14 zu Art. 138 ZPO; Eva-Maria Strobel, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 34 zu Art. 138 ZPO). Das Urteil vom 28. Mai 2008 wurde dem Berufungsbeklagten demnach nicht eröffnet. Die Zustellung ist zu wiederholen.

7. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, Urteile, die trotz mangelhafter Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks ergangen sind, seien nichtig (Bornatico, a.a.O., N. 36 zu Art. 139 ZPO). Diese Frage ist vorerst zu prüfen, da sich die weitere Prüfung der Berufung erübrigen würde, wäre die Nichtigkeit des Urteils vom 28. April 2008 anzunehmen.

7.1 Die Nichtigkeit eines Entscheides ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten. Sie kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGE 129 I 361, E. 2; 122 I 97, E. 3a). Nach der Rechtsprechung sind fehlerhafte Entscheide nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 129 I 361, E. 2.1; 122 I 97, E. 3a/aa; 116 Ia 215, E. 3c; 104 Ia 172, E. 2c; OGKE R 03/037 i.S. W.U. vom 2. Dezember 2003, E. 2; SK 00/005 i.S. R.AG vom 11. August 2000, E. 2a, jeweils mit Hinweisen). Verfahrensmängel, die in Gehörsverletzungen liegen, sind an sich heilbar und führen in der Regel nur zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids. Handelt es sich jedoch um einen besonders schwer wiegenden Verstoß gegen grundlegende Parteirechte, so haben auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene von einer Entscheidung mangels Eröffnung gar nichts weiss bzw. wenn er gar kei-

ne Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen (BGE 129 I 361, E. 2.1).

7.2 In seiner Rechtsprechung stellte das Bundesgericht nur selten die Nichtigkeit gerichtlicher Urteile fest. Infolge Gehörsverletzung beurteilte das Gericht ein Urteil als nichtig, das ergangen war, nachdem der Beklagte durch öffentliche Publikation vorgeladen wurde, obwohl er zur Zeit des Prozesses in Bern wohnhaft und angemeldet war und keine Kenntnis vom Prozess hatte (BGE 129 I 361, E. 2.2). Unwirksam war ein Urteil, das den Parteien nicht eröffnet wurde (BGE 122 I 97, E. 3b). Nichtig war ferner eine Zwangsversteigerung, die durchgeführt wurde, nachdem einer Gläubigerin die Versteigerung im Amtsblatt angezeigt wurde, obwohl deren Adresse durch einfache Nachfrage beim Schuldner hätte festgestellt werden können (BGE 115 III 85, E. 2 mit Hinweisen). Von einem derart krassen Mangel ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen. Das Kantonsgericht klärte zwar die Adresse des Berufungsbeklagten nicht genügend ab (vgl. E. 6.3.2), es unternahm jedoch immerhin den Versuch einer Zustellung. Die Zustellung mittels Veröffentlichung ordnete es erst an, nachdem es vom Bezirksgericht Schladming erfahren hatte, der Berufungsbeklagte sei nach unbekannt verzogen. Es handelt sich bei der Mitteilung durch Veröffentlichung im Amtsblatt ferner gemäss dem damals geltenden Recht des Kantons Obwalden um eine grundsätzlich zulässige Art der Zustellung (Art. 67 Abs. 1 lit. a und c ZPO OW). Auch im Hinblick auf das Interesse der Berufungsklägerin an einer raschen Klärung der Vaterschaft und Behandlung der im Raum stehenden Unterhaltsansprüche, erscheint das Vorgehen des Kantonsgerichts nachvollziehbar. Das Urteil vom 28. April 2008 ist nicht als gänzlich unwirksam zu beurteilen.

8./8.1 Beim Urteil vom 28. April 2008 handelt es sich um ein Säumnisurteil gemäss Art. 197 ff. ZPO OW. Fällt das Gericht ein Säumnisurteil, kann die säumige Partei, sofern ihr ein Rechtsnachteil entstanden ist, sich in den vorigen Stand einsetzen lassen, wenn sie von der Hauptverhandlung keine Kenntnis hatte oder ihr diese so spät zur Kenntnis gebracht wurde, dass die Teilnahme unmöglich war oder wenn sie die Hauptverhandlung unverschuldet versäumte (Art. 79 i.V.m. Art. 200 ZPO OW). Die Wiedereinsetzung bewirkt die Rückwälzung des Prozesses (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N. 6 zu Art. 149 ZPO). Die säumige Partei kann das Versäumte nachholen (vgl. Art. 82 Abs. 1 ZPO OW). Nach der Säumnis ergangene Verfügungen sind ohne Weiteres aufgehoben (Jenny, a.a.O., N. 10 zu Art. 149 ZPO). Dies gilt auch für bereits eröffnete und in Rechtskraft erwachsene Urteile (Niccolò Gozzi, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N. 43 zu Art. 148 ZPO; Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 5 zu § 199 GVG/ZH). Die Aufhebung an sich rechtskräftiger Säumnisurteile im Falle der Wiedereinsetzung wird damit begründet, dass die Rechtskraft nicht absolut gelte, sondern sich aus dem Bestehen gesetzlicher Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft ergebe. Hierzu zähle auch die Wiedereinsetzung (Hauser/Schweri, a.a.O.).

Die säumige Partei kann die Wiedereinsetzung innert zehn Tagen seit Empfang der Mitteilung bzw. innert einem Monat, wenn die Mitteilung im Amtsblatt erfolgte verlangen (Art. 80 Abs. 1 und 2 ZPO OW). Konnte die Partei die Frist aus wichtigen Gründen nicht einhalten, beginnt der Fristenlauf mit dem Wegfall des Hindernisses (Art. 80 Abs. 2 ZPO OW). Zuständig ist der Gerichtspräsident, bei dem die

Säumnis stattfand (Art. 81 Abs. 1 ZPO OW). Anders als die eidgenössische ZPO kennt die obwaldnerische ZPO keine zeitliche Beschränkung der Wiedereinsetzung (vgl. Art. 148 Abs. 3 ZPO, wonach die Wiederherstellung nur innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des eröffneten Entscheides verlangt werden kann).

8.2/8.2.1 Nach der europäischen und österreichischen Rechtsprechung vermag die Zustellung der Klage bzw. der Vorladung mittels Veröffentlichung vor Art. 2 Ziff. 2 Abs. 1 HÜVU bzw. Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ nur standzuhalten, wenn der Beklagte durch eigenes Verschulden keine Kenntnis vom betreffenden Verfahren hat bzw. sich der Zustellung der Vorladung schuldhaft entzieht (vgl. E. 5.4.3 und 5.4.4). Im vorliegenden Fall wird dies von Landgericht Wels verneint. Der Berufungsbeklagte habe ohne Verschulden keine Kenntnis von dem am Kantonsgericht Obwalden hängigen Vaterschafts- und Unterhaltsverfahren gehabt (vgl. E. 5.4.5). Es liesse sich somit argumentieren, die erneute Zustellung des Urteils vom 28. April 2008 ändere hieran nichts, da der Berufungsbeklagte in diesem Fall zwar Kenntnis vom Urteil hätte, die mangelhafte Zustellung der Klage bzw. der Vorladung hierdurch aber nicht geheilt wäre. Namentlich erhalte der Berufungsbeklagte auch bei erneuter Zustellung des Urteils keine Gelegenheit, am Verfahren mitzuwirken. Vielmehr würde er vor vollendete Tatsachen gestellt.

8.2.2 Dem ist Folgendes zu entgegnen: Würde dem Berufungsbeklagten das Urteil vom 28. April 2008 erneut zugestellt, würde die Frist zur Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand mit der Zustellung des Urteils zu laufen beginnen (vgl. Art. 80 Abs. 3 ZPO OW). Der Berufungsbeklagte könnte demnach nach der Zustellung des Urteils die Wiedereinsetzung verlangen. Da dem Berufungsbeklagten bereits die Klage nicht rechtsgenügend zugestellt wurde, wäre das Verfahren in diesen Stand zurückzusetzen. Dies würde bedeuten, dass das Urteil vom 28. April 2008 aufzuheben wäre. Der Berufungsbeklagte erhalte vorerst Gelegenheit, zur Vaterschafts- und Unterhaltsklage vom 16. Mai 2007 Stellung zu nehmen. Daraufhin müsste die Hauptverhandlung wiederholt werden. Sodann hätte das Kantonsgericht ein neues Urteil zu fällen. Da dem Berufungsbeklagten in diesem Fall alle Gehörsrechte zur Verfügung standen, ist anzunehmen, dass die österreichischen Gerichte dieses Urteil anerkennen und für vollstreckbar erklären würden.

8.2.3 Die Wiedereinsetzung setzt ein entsprechendes Gesuch der säumigen Partei voraus (Art. 81 Abs. 1 ZPO OW). Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Urteil vom 28. April 2008 anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden könnte, wenn der Berufungsbeklagte die Gelegenheit hätte, die Wiedereinsetzung zu verlangen, dies aber unterlässt. In diesem Fall würde das Verfahren nicht in den vorigen Stand zurückversetzt und das Urteil vom 28. April 2008 nicht aufgehoben. In diesem Fall liesse sich argumentieren, dem Berufungsbeklagten sei die am Kantonsgericht Obwalden gegen ihn hängige Vaterschafts- und Unterhaltsklage durch die Zustellung des Urteils zur Kenntnis gebracht worden und er sei darauf hingewiesen worden, dass er seine Gehörsrechte auf dem Weg der Wiedereinsetzung wahren könne. Verlange er die Wiedereinsetzung nicht, habe er sich dies selbst zuzuschreiben. Diese Argumentation könnte bei den österreichischen Gerichten verfangen, da der Berufungsbeklagte sich nicht länger auf den Standpunkt stellen könnte, er habe ohne sein Verschulden keine Kenntnis vom gegen ihn hängigen Verfahren gehabt (vgl. E. 8.2.1). Ebenso könnte er nicht einwenden, das rechtliche Gehör sei ihm

verwehrt worden, hätte er doch sein Gehörsrecht auf dem Weg der Wiedereinsetzung wahrnehmen können. Ferner würde der Einwand des Berufungsbeklagten, die Zustellung sei nicht rechtzeitig erfolgt, ins Leere gehen, hätte er doch mindestens bis zur ordnungsgemässen Zustellung der Klage Zeit, seine Verteidigung vorzubereiten. Es ist demnach anzunehmen, dass die österreichischen Gerichte das Urteil vom 28. April 2008 anerkennen und für vollstreckbar erklären würden, wenn der Berufungsbeklagte Gelegenheit hatte, die Wiedereinsetzung zu verlangen, dies aber unterlassen hätte.

9. Nach dem Gesagten besteht ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse an der erneuten Zustellung des Urteils vom 28. April 2008, wobei der Berufungsbeklagte auf sein Recht hinzuweisen sein wird, die Wiedereinsetzung zu verlangen. Der Kantonsgerichtspräsident hätte auf das Gesuch vom 14. April 2011 eintreten müssen. Die Berufung ist daher gutzuheissen. Der angefochtene Nichteintretensentscheid vom 29. April 2011 ist aufzuheben und die Sache zur weiteren Bearbeitung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Zustellung von Urteilen fällt in den Aufgabenbereich des Gerichts (Art. 136 lit. b ZPO). Das Kantonsgericht hat die mangelhafte Zustellung des Urteils vom 28. April 2008 deshalb zu verantworten. Durch seine Weigerung, die Zustellung von sich aus anzuordnen, veranlasste der Kantonsgerichtspräsident das vorliegende Berufungsverfahren. Es sind daher keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteienschädigung ist der Berufungsklägerin nicht zuzusprechen, da sie nicht anwaltlich vertreten ist und ihr kein besonderer Aufwand entstanden ist.

9

#### **Art. 104 Abs. 3 ZPO; Art. 278 SchKG**

#### **Die Verlegung der Prozesskosten im Arresteinspracheverfahren kann ohne den Vorbehalt eines anderen Prozessausgangs im Hauptverfahren erfolgen.**

Entscheid des Obergerichts vom 16. April 2013

Aus den Erwägungen:

1./1.1 Gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG kann im Arrestverfahren gegen einen Einspracheentscheid Beschwerde nach ZPO erhoben werden.

1.2 Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N. 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mangelhaft ist. Was nicht gerügt wird, erfährt keine Überprüfung durch das Gericht und bleibt unangefochten bestehen (vgl. OGE BZ 12/010 vom 28. August 2012 i.S. St.B., E. 1). Die Beschwerdeführerin beanstandet die Kostenverlegung. Den

Arrest an sich rügt sie nicht. Damit beschränkt sich das Beschwerdeverfahren auf die Frage der Kostenverlegung.

2./2.1 Der Kantonsgerichtspräsident auferlegte der Beschwerdeführerin eine pauschale Gerichtsgebühr von Fr. 500.-- und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin von pauschal Fr. 1'500.--. Die Beschwerdeführerin verlangt sinngemäss, die Verlegung der Parteientschädigung sei, für den Fall einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess, gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO mit einem Vorbehalt zu versehen.

2.2 Die Beschwerdegegnerin macht zur Anwendbarkeit von Art. 104 Abs. 3 ZPO geltend, da die Zugehörigkeit des Arrestes zu den vorsorglichen Massnahmen gemäss ZPO verneint werde, dürfe Art. 104 Abs. 3 ZPO keine Anwendung finden. Dem kann nicht gefolgt werden. Das SchKG regelt zwar die Sicherung von Geldforderungen und auch von Forderungen auf Sicherheitsleistungen (Art. 38 Abs. 1 SchKG) abschliessend (vgl. Art. 269 lit. a ZPO). Betroffen ist insbesondere der Arrest (Art. 272 ff. SchKG). Entsprechend sind Beschlagnahmungen und Zahlungsverbote für Geldforderungen auf Basis einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 261 ff. ZPO nicht zulässig (vgl. Lucius Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N. 5 zu Art. 269 ZPO). Über die Kostenverlegung beim Arrest bestehen jedoch keine Spezialbestimmungen im SchKG. Und auch Art. 48 GebV SchKG betrifft lediglich die Höhe der Gerichtskosten und sagt nichts über die Kostenverlegung im Allgemeinen aus. Gemäss Art. 1 lit. c ZPO regelt die ZPO das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, weshalb auch Art. 104 Abs. 3 ZPO grundsätzlich anwendbar ist.

3./3.1 Es stellt sich die Frage, ob bei der Kostenverlegung ein Vorbehalt hinsichtlich eines anderen Prozessausgangs im Hauptverfahren hätte beigefügt werden müssen. Die Beschwerdeführerin stützt sich auf eine Lehrmeinung von *Rüegg*. Er sieht in Art. 104 Abs. 3 ZPO die Möglichkeit, im Massnahmenentscheid die Prozesskosten allenfalls unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess zu verlegen (Viktor Rüegg, in: Basler Kommentar ZPO, 2010, N. 6 zu Art. 104 ZPO).

3.2 Altrechtlich waren vorsorgliche Massnahmen in weiten Gebieten des Bundesrechts (z.B. beim Persönlichkeitsschutz, Eheschutz oder im Immaterialgüterrecht) und in den kantonalen Prozessordnungen verstreut. Und auch die Kostenfolgen des Massnahmenverfahrens waren kantonal höchst unterschiedlich geregelt bzw. von einer uneinheitlichen Praxis geprägt (Rüegg, a.a.O., mit Hinweisen; Alexander Fischer, Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), N. 8 zu Art. 104 ZPO). In einzelnen Kantonen wurden in Entscheiden zu (eigenständigen) Massnahmenverfahren, denen kein Hauptprozess folgte, die Prozesskosten definitiv dem Gesuchsteller unter Einräumung des Rückgriffsrecht auf den unterlegenen Gesuchsgegner auferlegt (z.B. Art. 207 lit. b ZPO-SG). Ein anderes Vorgehen bestand darin, die Prozesskosten des Massnahmenverfahrens ungeachtet des Verfahrensausgangs einstweilen dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Dies erfolgte entweder unter Vorbehalt der Berücksichtigung der Prozesskosten des Massnahmenverfahrens als Parteientschädigung im Hauptverfahren oder unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess bzw. bei Dahinfallen der Mass-

nahme (z.B. § 237 lit. a ZPO-LU). In anderen Kantonen wiederum wurden die Prozesskosten des Massnahmenverfahrens in der Regel nicht verteilt, sondern deren Verlegung dem Entscheid in der Hauptsache bzw. einem separaten (späteren) Entscheid vorbehalten, falls kein Hauptverfahren eingeleitet werden sollte (z.B. § 307 ZPO-AG). Gemäss einer geradezu gegenteiligen kantonalen Praxis war das Gericht verpflichtet, die Kosten des Massnahmenverfahrens im Massnahmenentscheid zu verlegen und untersagte die Verweisung des Kostenentscheids in das Urteil über die Hauptsache (vgl. Art. 326 ZPO-BE; vgl. Fischer, a.a.O., N. 8 zu Art. 104 ZPO, mit Hinweisen). Das Bundesgericht anerkannte die verschiedenen Vorgehensweisen und erachtete sie unter dem Gesichtspunkt der Willkür nicht als problematisch, soweit die Vorgehensweise der kantonalen Praxis entsprach (Urteil des Bundesgerichts 5A\_702/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.2, mit Hinweisen). Art. 104 Abs. 3 ZPO sieht für die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen vor, dass sie zusammen mit der Hauptsache entschieden werden können. Art. 104 Abs. 3 ZPO ist offen formuliert und folgt nunmehr einer vermittelnden Lösung. Die Bestimmung erlaubt e contrario die Verlegung der Prozesskosten im Massnahmenentscheid. Es entscheidet damit das Gericht, ob die Kosten des Massnahmenverfahrens zur Hauptsache geschlagen oder im Massnahmenentscheid verteilt werden (vgl. Fischer, a.a.O., N. 9 und 10 zu Art. 104 ZPO, mit Hinweis).

3.3 In der Regel folgt einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO ein Hauptverfahren. Dieses kann im Zeitpunkt des Massnahmengesuchs bereits beim Massnahmengericht hängig sein oder bei diesem (oder einem anderen Gericht) später anhängig gemacht werden (siehe Art. 263 ZPO). Sofern jedoch noch kein Hauptverfahren läuft, bleibt im Zeitpunkt des Massnahmenentscheides ungewiss, ob überhaupt ein solches stattfinden wird. Dasselbe gilt beim Arrest nach Art. 272 ff. SchKG. Dem vorsorglichen Charakter entsprechend kann – und muss – der Gläubiger, will er den Sicherungsbeschluss nicht verlieren, entweder mit Klage und anschliessender Betreibung oder direkt mit Betreibung gegen den Schuldner vorgehen (Art. 279 Abs. 1 SchKG; vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, 476 f. mit Hinweis). Der Entscheid über das Arrestbegehren ist ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.119), da er losgelöst von einem Hauptverfahren erfolgt und unter prozessrechtlichen Gesichtspunkten verfahrensabschlussend ist (BGE 133 III 589, E. 1).

3.4 Eine Verlegung der Prozesskosten im Massnahmenverfahrens erscheint angebracht, wenn auf eine (eigenständige) vorsorgliche Massnahme kein Hauptverfahren folgt, weil der entsprechende Massnahmenentscheid (ausnahmsweise) einen Endentscheid darstellt oder in einem nicht streitigen Massnahmenverfahren kein Gesuchsgegner existiert. Ebenfalls dürfte diese Lösung vom Gericht gewählt werden, wenn der Gesuchsteller in einem Massnahmenverfahren unterliegt und noch kein Hauptverfahren anhängig ist, zu dem die Prozesskosten geschlagen werden könnten (Fischer, a.a.O., N. 7 und 10 f. zu Art. 104 ZPO, mit Hinweisen). Im Zeitpunkt des Arresteinspracheentscheids war noch ungewiss, ob eine Arrestprosequierung (vgl. Art. 279 SchKG) und damit ein Hauptverfahren überhaupt stattfinden würde. Gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin wurde die Hauptsache mit Schlichtungsgesuch vom 20. April 2012 rechtshängig gemacht. Über die Arresteinsprache wurde indessen bereits am 13. April 2012 entschieden. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, ist der Entscheid über das Arrestbegehren ein End-

entscheid, der losgelöst von einem Hauptverfahren erfolgt (vgl. BGE 133 III 589, 590). Es handelt sich um ein selbstständiges Verfahren, bei dem eine vorläufige Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage genügt. Dementsprechend werden die Kosten für jedes Verfahren getrennt auferlegt. Entscheidend ist für die Kostenverlegung im Massnahmenverfahren dann allein, ob die Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes von der einen Partei zu Recht behauptet und von der anderen Partei zu Unrecht bestritten worden sind. Bejaht das Gericht diese Voraussetzungen, unterliegt der Gesuchsgegner im Massnahmenverfahren und hat die Kosten dieses Verfahrens ungeachtet der Möglichkeit zu tragen, dass die Massnahme nach eingehender Überprüfung der Sach- und Rechtslage im Hauptverfahren oder zufolge unterbliebener Klage dahinfällt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_702/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.3.2; vgl. auch Fischer, a.a.O. N. 11 zu Art. 104 ZPO).

3.5 Was den Antrag anbelangt, die Verlegung der Parteientschädigung mit einem Vorbehalt zu versehen, so gilt es darauf hinzuweisen, dass der betreffenden Partei andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. So hat die im Massnahmenverfahren als kostenpflichtig erklärte Partei für den Fall, dass sich die Kostenaufgabe als unrichtig erweisen sollte, die Möglichkeit, die Prozesskosten des Massnahmenverfahrens als allfälligen Schaden im Hauptprozess geltend zu machen. Folgt kein Hauptverfahren, kann die im Kostenpunkt unterlegene Partei einen aufgrund des Massnahmenverfahrens erlittenen Schaden mit ordentlicher Klage vor dem zuständigen Gericht einklagen und die Rechtmässigkeit der vorsorglichen Massnahme und der bezahlten Kosten als Vorfrage beurteilen lassen (vgl. Art. 273 SchKG und Art. 264 Abs. 2 ZPO; Fischer, a.a.O., N. 10 zu Art. 104 ZPO; Leuch/Marbach, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, N. 4b zu Art. 326 ZPO BE; Urteil des Bundesgerichts 5A\_702/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 3.4.3). Ein Vorbehalt zugunsten eines anderen Prozessausganges im Hauptverfahren drängt sich damit nicht auf. Im Übrigen entspricht es der altrechtlichen Praxis der Obwaldner Gerichte, die Kosten im Massnahmenentscheid zu verteilen.

4./4.1 Insgesamt ist die Kostenverlegung im Massnahmenverfahren nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen und der Arresteinspracheentscheid vom 13. April 2012 zu bestätigen.

10

#### **Art. 112 Abs. 1 ZPO**

**Der Erlass der Gerichtskosten eines aussichtslosen Verfahrens ist ausgeschlossen, da die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht auf dem Weg eines Erlassgesuchs umgangen werden dürfen.**

Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 13. November 2013

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 112 Abs. 1 ZPO können Gerichtskosten gestundet oder bei dauernder Mittellosigkeit erlassen werden. Nach Art. 5a Abs. 1 GebOR entscheidet über die Stundung und den Erlass der Kosten das Präsidium der zuständigen Behörde. Im vorliegenden Fall ist deshalb der Obergerichtspräsident für die Beurteilung des Gesuchs zuständig. Auf das Gesuch ist einzutreten.

2. Durch Stundung oder Erlass der Gerichtskosten dürfen nicht die (engeren) Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung umgangen werden. Für diese ist nämlich nicht nur Mittellosigkeit Bedingung, sondern auch, dass das Begehren nicht aussichtslos erscheint (David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N. 2 zu Art. 112 ZPO).

2.1 Am 15. April 2013 stellte R. beim Kantonsgericht ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen. Er beantragte, es sei der durch die B. AG verursachte (und von D.) widerrechtlich herbeigeführte Zustand durch ein eiliges gerichtliches Massnahmeverfahren aufzuheben. Mit Schreiben vom 24. April 2013 gewährte der Kantonsgerichtspräsident II dem Gesuchsteller eine Frist zur Verbesserung seines Gesuchs. Er wies ihn insbesondere darauf hin, dass er in seinem Gesuch die Parteien zu bezeichnen und einen klaren Antrag zu stellen habe. Da der Gesuchsteller innert Frist kein verbessertes Gesuch einreichte, trat der Kantonsgerichtspräsident II mit Entscheidung vom 23. Mai 2013 auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht ein. Die gegen den Nichteintretensentscheid vom 23. Mai 2013 erhobene Beschwerde wies das Obergericht mit Entscheidung vom 11. Juli 2013 ab. Zur Begründung führte das Obergericht aus, der Gesuchsteller habe in seinem Gesuch vor dem Kantonsgerichtspräsidenten nicht ausgeführt, worin der widerrechtliche Zustand bestehe und wie er beseitigt werden solle. Der Kantonsgerichtspräsident habe zutreffend festgestellt, dass es an einem konkreten Antrag fehle. Der Gesuchsteller scheine das vorsorgliche Massnahmeverfahren und das Hauptverfahren zu vermischen. Welche Massnahmen das Gericht habe treffen sollen, könne somit auch nicht aus der Begründung des Gesuchs abgeleitet werden. Schliesslich gehe aus dem Gesuch auch nicht klar hervor, gegen wen sich die vorsorglichen Massnahmen richten sollten. Einen Gesuchsgegner bezeichne der Gesuchsteller nicht. Zusammengefasst mangle es dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sowohl an einer konkreten Bezeichnung der zu treffenden Massnahmen, dass heisst an einem klaren Antrag, als auch an der Benennung der Gegenpartei. Der Kantonsgerichtspräsident sei deshalb nach dem unbenützten Ablauf der Nachfrist zu Recht nicht auf das unklare und unvollständige Gesuch eingetreten. Die Beschwerde sei demnach abzuweisen.

2.2 Aus der Begründung des Entscheids des Obergerichts ergibt sich, dass die Beschwerde vor dem Obergericht aussichtslos war. Die Gefahr des Unterliegens im Beschwerdeverfahren war deutlich grösser als die Chance, in diesem Verfahren zu obsiegen (vgl. AbR 2004/05 Nr. 8, E. 1). Im Beschwerdeverfahren hat der Gesuchsteller kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Sein Erlassgesuch dient somit im Ergebnis dazu, die engeren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zu umgehen. Infolge Aussichtslosigkeit ist das Gesuch um Erlass der Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren demzufolge abzuweisen.

3. Selbst wenn das Erlassgesuch nicht als aussichtslos zu taxieren wäre, müsste das Gesuch auch aus nachfolgendem Grund abgewiesen werden. Ein Erlass ist nur bei dauernder Mittellosigkeit zulässig, wobei von dauernder Mittellosigkeit nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen ist. In der Regel ist die Forderung mit den Mitteln des SchKG bis zur Ausstellung eines Verlustscheines durchzusetzen. Zu prüfen ist, ob voraussichtlich die Gerichtskosten während der zehnjährigen Verjährungsfrist nicht beglichen werden können. Es sind somit auch Einkünfte und Vermögenswerte zu berücksichtigen, die erst innerhalb der nächsten zehn Jahre verfügbar werden (Jenny, a.a.O., N. 5 zu Art. 112 ZPO).

Die Ehefrau des Gesuchstellers bezieht einen Monatslohn von Fr. 4'065.75. Der Gesuchsteller wurde am 9. März 1950 geboren. Er wird also bald 64-jährig und ist somit in einem guten Jahr berechtigt, die ordentliche AHV-Rente zu beziehen. Diese wird somit zu den Einkünften seiner erst 40-jährigen Ehefrau hinzukommen. Bei dieser Sachlage kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsteller die geringen Gerichtskosten von Fr. 300.-- während der zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 112 Abs. 2 ZPO nicht wird begleichen können. Die Voraussetzungen für den Erlass der Gerichtskosten sind also auch deshalb nicht gegeben. Da der Erlass von Gerichtskosten im Gegensatz zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, welche vom Gesuchsteller zurückgefordert werden kann (Art. 123 ZPO), zu einem definitiven Verzicht des Staates auf seine Forderung führt (Viktor Rüegg, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, Art. 112 N. 1), wäre es nicht zu rechtfertigen, dem Gesuch zu entsprechen und den Gesuchsteller dadurch zu privilegieren.

3. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass das Gesuch abzuweisen ist. Auf die Erhebung auf Gerichtskosten für den vorliegenden Entscheid wird analog Art. 119 Abs. 6 ZPO verzichtet.

11

**Art. 152 Abs. 1 und Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO  
Verletzung des Rechts auf Beweis durch Nichtabnahme zulässiger und tauglicher Beweismittel im Verfahren betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.**

Entscheid des Obergerichts vom 16. April 2013

Sachverhalt:

Mit Gesuch vom 22. Dezember 2011 ersuchte M. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Mit Eingabe vom 15. März 2012 beantragte M. sodann, ihr Ehemann H. sei zu ver-

pfllichten, ihr für das hängige Eheschutzverfahren einen Prozesskostenvorschuss (für Gerichts- und Anwaltskosten) von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

M. hielt in ihrer Eingabe vom 15. März 2012 fest, dass sie Schmuckstücke geschenkt erhalten habe. Diese befänden sich bei einem Bruder ihres Ehemannes in der Türkei. Betreffend den Wert dieser Schmuckstücke könne sie keine Angaben machen, da es sich um Geschenke handle. Sie gehe jedoch von einem Wert von unter Fr. 10'000.-- aus.

Mit Stellungnahme vom 10. April 2012 machte H. geltend, dass der Wert des Schmucks wesentlich höher als Fr. 10'000.-- sei. Er gehe von einem Wert von rund Fr. 30'000.-- aus.

Der Kantonsgerichtspräsident I setzte M. mit Schreiben vom 20. April 2012 eine Frist, um dem Gericht detailliert mitzuteilen und wenn möglich zu belegen, woraus dieser Schmuck bestehe (Anzahl und Art der Stücke, Materialien, Grösse, Gewicht, etc.) und wo er sich befinde.

Mit Eingabe vom 2. Mai 2012 reichte M. eine Auflistung der Schmuckstücke ein. Sie hielt fest, dass sich diese in einem Tresor in der Türkei befänden. Sie verfüge über keine Quittungen oder Belege betreffend den Wert der Schmuckstücke. Sie gehe von einem geschätzten Wert von Fr. 8'500.-- aus.

Mit Schreiben vom 6. September 2012 forderte der Kantonsgerichtspräsident I M. auf, von jedem Schmuckstück ein Foto einzureichen, eine genaue Gewichtsangabe zu machen, die Stempellegierung bzw. die Karat anzugeben und eine neutrale Schätzung des Ankaufswerts vornehmen zu lassen.

M. teilte mit Schreiben vom 13. September 2012 mit, dass es ihr nicht möglich sei, dem Editionsbegehren zu entsprechen. Weder ihre Familie noch sie komme an die Schmuckstücke heran, da diese in einem Tresor des Bruders des Ehemannes in Istanbul lagern würden.

Mit Eingabe vom 9. Oktober 2012 bestritt H. nach Rücksprache bei seinem Bruder, dass der Schmuck in dessen Tresor in Istanbul deponiert sei.

Der Kantonsgerichtspräsident I wies mit Entscheid vom 26. Oktober 2012 das Gesuch um Prozesskostenvorschuss sowie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte der Gesuchstellerin eine Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses an. Zur Begründung führte der Kantonsgerichtspräsident I aus, dass die Gesuchstellerin nicht glaubhaft darlege, nicht über genügend Vermögen zu verfügen, um ihre Prozesskosten tragen zu können.

Dagegen erhob M. mit Eingabe vom 7. November 2012 Beschwerde beim Obergericht und beantragte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes; eventualiter sei der Beschwerdegegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschuss an sie zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

1. Sowohl gegen den Entscheid betreffend den Prozesskostenvorschuss als auch betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ist die Beschwerde gegeben (vgl. Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 308 ZPO und Art. 121 ZPO). Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin reichte mit der Beschwerde eine mehrseitige Zusammenstellung ihrer Schmuckstücke mit Abbildungen aus dem Internet und handschriftlichen Wertangaben ein.

Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Diese Novenregelung entspricht dem Charakter der Beschwerde. Es geht nicht um eine Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch unechte Noven. Ferner erfasst das Novenverbot auch diejenigen Fälle, die der Untersuchungsmaxime unterliegen (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N. 3 f. zu Art. 326 ZPO).

Die neu aufgelegte Zusammenstellung der Schmuckstücke kann demzufolge als neues Beweismittel im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden.

3. Die Pflicht des Staates, der bedürftigen Partei für einen nicht aussichtslosen Prozess die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, geht der Beistands- und Beitragspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 1, E. 3; 119 Ia 11, E. 3a = Pra 84 Nr. 21). Aufgrund ihrer Subsidiarität kann die unentgeltliche Rechtspflege vom bedürftigen Ehegatten nur beansprucht werden, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss – die sog. *provisio ad litem* – zu leisten nicht in der Lage oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (Urteil des Bundesgerichts 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.2 = Pra 95 Nr. 143).

4./4.1 Sowohl die Gutheissung eines Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei voraus. Für die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse gelten daher die gleichen Grundsätze (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. November 2009, E. 5, in: FamPra 3/2001, Nr. 41; vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3 und 5P.346/2005 vom 15. November 2005, E. 4.4).

4.2 Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf (BGE 128 I 225, E. 2.5.1; 127 I 202, E. 3b). Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation zur Zeit der Gesuchstellung massgebend. Das heisst, es ist einerseits sämtlichen finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers Rechnung zu tragen und andererseits ist dessen Einkommens- und Vermögenssituation zu beachten (BGE 120 Ia 179, E. 3a; 119 Ia 11, E. 3a). Das Vorhandensein von Vermögen ist grundsätzlich ein

Ausschlussgrund für die unentgeltliche Rechtspflege. Als vermögenslos gilt aber nicht nur, wer überhaupt über kein Vermögen verfügt, sondern auch, wer über Vermögen verfügt, das lediglich als bescheidener Notpfennig bezeichnet werden kann, wobei Ersparnis von Fr. 10'000.-- noch als solcher angesehen wurde (ABR 1994/95, Nr. 14, E. 3a; 1986/87, Nr. 16; 1980/81, Nr. 15, E. 3).

5./5.1 Die Anordnung einer Leistung eines Prozesskostenvorschusses als Teil der Beistands- oder der Unterhaltungspflicht ist eine vorsorgliche Massnahme (vgl. Kurt Siehr, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 6 zu Art. 276 ZPO; Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich 2013, N. 21 zu Art. 276 ZPO). Das Verfahren betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist summarischer Natur (vgl. Art. 248 lit. d ZPO). Daher sind die entscheiderelevanten Tatsachen glaubhaft zu machen (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO). Wird ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss in einem Eheschutzverfahren gestellt, hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 272 ZPO). Es gilt damit der beschränkte Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet, dass das Gericht zwar die Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung trifft, aber die Parteien nicht davon befreit sind, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken (BGE 125 III 231, E. 4a).

5.2 Ebenso wird über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im summarischen Verfahren entschieden (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Es gilt auch hier der beschränkte Untersuchungsgrundsatz, womit das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N. 13 zu Art. 119 ZPO; Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 3 zu Art. 119 ZPO). Dieser befreit die gesuchstellende Person aber nicht von der Pflicht, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsteller hat zur Glaubhaftmachung seiner Bedürftigkeit seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2007 vom 11. September 2007, E. 2.1, mit Hinweis auf BGE 120 Ia 179, E. 3a). Je komplexer diese Verhältnisse sind, umso höhere Anforderungen dürfen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selber gestellt werden. Nur bei vollständiger Kenntnis der gesamten finanziellen Verhältnisse kann nämlich insbesondere beurteilt werden, ob und allenfalls in welchem Umfang dem Gesuchsteller die Beanspruchung seines Vermögens, beispielsweise durch Veräusserung, Verpfändung, Vermietung oder durch Kreditaufnahme nicht nur möglich, sondern auch zumutbar ist, um die Mittel aufzubringen, die zur Führung eines Prozesses erforderlich sind. Als Obliegenheit kann die Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht erzwungen werden. Der Gesuchsteller hat jedoch die Folgen einer fehlenden oder mangelnden Darlegung oder Beweislegung zu tragen (vgl. BGE 120 Ia 179, E. 3a). Verweigert ein Gesuchsteller Angaben oder Belege, die zur Beurteilung seiner aktuellen wirtschaftlichen Gesamtsituation erforderlich sind, so kann die Bedürftigkeit ohne weiteres – und damit ohne Verletzung des Willkürverbots – verneint werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2007 vom 11. September 2007, E. 2.1; BGE 120 Ia

179, E. 3a; 125 IV 161, E. 4a; AbR 1994/95 Nr. 14, E. 5; zum Ganzen Emmel, a.a.O., N. 6 f. zu Art. 119 ZPO).

5.3 Wie erwähnt werden sowohl das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im summarischen Verfahren beurteilt (Art. 119 Abs. 3 und 248 lit. d ZPO). Im Summarverfahren ist der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO). Das Gericht hat sowohl im Verfahren betreffend Prozesskostenvorschuss als auch betreffend unentgeltliche Rechtspflege den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. vorne, E. 5.1 und 5.2). Dies hat zur Folge, dass gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO neben Urkunden auch andere Beweismittel zulässig sind. Gemäss Luzerner Praxis wird in einem Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege in der Regel mit dem Gesuchsteller eine Beweisaussage nach Art. 192 ZPO zu seinen Einnahmen, Ausgaben und seinem Vermögen durchgeführt (vgl. Jozic/Boesch, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Praxis des Obergerichts Luzern, Luzern 2012, 45). Vorliegend kommen als weitere Beweismittel insbesondere die Parteibefragung nach Art. 191 ZPO oder die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO in Frage. Als Ausfluss des rechtlichen Gehörs hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO; Art. 29 BV und Art. 53 ZPO). Das Beweismittel muss nur objektiv tauglich sein, d.h. es muss seiner Natur nach zum Beweis geeignet sein. Die subjektive Untauglichkeit ist dagegen der antizipierten Beweiswürdigung zuzuordnen, weil sie bedeutet, dass das Gericht Beweismittel ablehnen darf, da es glaubt, dass sich an seiner Überzeugung nichts ändern wird (Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 7 zu Art. 152 ZPO). Dass das Gericht ein an sich taugliches Beweismittel a priori negativ bewertet, ohne es abgenommen zu haben, erscheint heikel. Deshalb bleibt bei einer angenommenen subjektiven Untauglichkeit nur wenig Raum für die antizipierte Beweiswürdigung. Sie kann zum Zuge kommen, wenn von der betreffenden Beweisofferte zweifelsfrei keine Erkenntnisse zu erwarten sind, weil beispielsweise seit dem zu beweisenden Ereignis allzu viel Zeit verflossen ist. Allerdings genügen blosser Zweifel an der Ergiebigkeit der Beweisabnahme nicht zur Ablehnung des betreffenden Beweismittels (Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N. 29 zu Art. 152 ZPO).

6./6.1 Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner und Verwandten Goldschmuck geschenkt erhalten hat. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin zählen dazu sechs dreizipfige Armreifen, ein runder Anhänger und zwei Fingerringe aus Gold. Strittig ist jedoch einerseits der Wert dieser Schmuckstücke. Während die Beschwerdeführerin von einem Wert von unter Fr. 10'000.-- ausgeht, hält der Beschwerdegegner dafür, dass dieser bei rund Fr. 30'000.-- liege. Andererseits sind sich die Parteien nicht darüber einig, wo sich die Schmuckstücke befinden und ob sie der Beschwerdeführerin zugänglich sind. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie die Schmuckstücke zu Beginn der Herbstferien im Jahr 2011 in Istanbul im Tresor des Bruders des Beschwerdegegners – auf dessen Angebot hin – deponiert habe. Am Abreisetag habe sie ihren Schmuck zurückverlangt, woraufhin ihr entgegnet worden sei, dass keine Zeit

mehr bestehe zum Tresor zu fahren, da ansonsten der Flug verpasst würde. Folglich sei sie ohne ihren Schmuck in die Schweiz zurückgekehrt. Auf ihre telefonische Aufforderung hin, ihr die Schmuckstücke auszuhändigen, habe der Bruder des Beschwerdeführers entgegnet, dass er ihr diese nicht aushändigen werde respektive dass er nicht wisse, um welches Gold es sich handle. Demgegenüber hält der Beschwerdegegner fest, dass ihm nicht bekannt sei, dass die Beschwerdeführerin die Schmuckstücke in den Herbstferien 2011 nach Istanbul mitgenommen und seinem Bruder in Verwahrung gegeben habe. Sein Bruder habe ihm zugesichert, dass er nicht im Besitz von Schmuck der Beschwerdeführerin sei.

Würde die Beschwerdeführerin über ein Vermögen von über Fr. 10'000.-- verfügen, wäre sie nicht als bedürftig zu betrachten (vgl. vorne, E. 4.2) und hätte folglich keinen Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss des Beschwerdegegners oder auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

6.2 Die Beschwerdeführerin beantragte im vorinstanzlichen Verfahren ihre Befragung im Sinne von Art. 191 ZPO. Auch der Beschwerdegegner stellte im Zusammenhang mit den Schmuckstücken einen Antrag auf Durchführung einer Parteibefragung (Art. 191 ZPO) bzw. Beweisaussage (Art. 192 ZPO) mit der Beschwerdeführerin. Der Kantonsgerichtspräsident I hat jedoch darauf verzichtet, die Beschwerdeführerin zu befragen und damit den von ihr angebotenen Beweis abzunehmen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass sie nicht an ihren Schmuck bzw. an die geforderten Angaben gelangen könne, erscheinen nicht vorweg als nicht nachvollziehbar oder unglaubwürdig. Da Unsicherheiten bestehen, drängte sich die beantragte Befragung der Beschwerdeführerin auf. Die Beschwerdeführerin hätte im Rahmen einer Parteibefragung oder Beweisaussage insbesondere dazu befragt werden sollen, wo sich der Schmuck befinde, ob sie zu diesem Zugang habe, von welchem Wert der Schmuckstücke sie ausgehe und wie sie zu dieser Wertangabe gelange. Unter diesen Umständen durfte keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen werden, vielmehr war die Befragung der Beschwerdeführerin angezeigt. Aus diesen Gründen geht der Kantonsgerichtspräsident I fehl, wenn er das Gesuch der Beschwerdeführerin mit der Begründung der fehlenden Glaubhaftmachung und der Verletzung der Mitwirkungspflicht ablehnt. Indem auf die Befragung der Beschwerdeführerin – sei dies nach Art. 191 oder Art. 192 ZPO – verzichtet wurde, wurde deren Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) bzw. rechtliches Gehör (Art. 29 BV und Art. 53 ZPO) verletzt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung zurückzuweisen.

**Art. 8a Abs. 1 SchKG**

**Voraussetzungen und Umfang des Einsichtsrechts in die Konkursakten.**

Entscheid des Obergerichts vom 11. Dezember 2012

Sachverhalt:

Über die F. AG mit Sitz in Sarnen wurde am 18. August 2011 der Konkurs eröffnet. In der Folge wurden im Schweizerischen Handelsamtsblatt die Konkursöffnung, die Anwendung des summarischen Verfahrens sowie der Rechnungsruf nach Art. 232 SchKG publiziert. Gleichzeitig wurde bekannt gemacht, dass allfällige Eigentums- und Drittansprachen innert Frist unter Vorlegung der Beweismittel beim Konkursamt Obwalden schriftlich geltend zu machen sind.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 ersuchte S. um umfassende Einsicht in die Konkursakten, namentlich in die vom Konkursamt Obwalden geführten Protokolle sowie die zugehörigen Aktenstücke, in die Buchhaltung der F. AG samt Belegen und in die Protokolle der Sitzungen der Organe.

Mit Verfügung vom 5. Juni 2012 wies das Konkursamt Obwalden das Begehren um umfassende Akteneinsicht mit der Begründung ab, dass S. keinen Gläubigerstatus im Konkursverfahren habe. Dagegen erhob S. Beschwerde beim Obergericht.

Aus den Erwägungen:

1. Mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde muss binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden (Art. 17 Abs. 2 SchKG). Das Obergericht ist als Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkurswesen für die Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. Art. 76 Abs. 1 GOG).

2./2.1 Gemäss Art. 8a Abs. 1 SchKG kann jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register des Betreibungsamtes einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen. Im Falle des Konkurses ist das Einsichtsrecht nicht bloss auf die vom Konkursamt geführten Protokolle beschränkt, sondern bezieht sich auch auf die zugehörigen Aktenstücke, die das Konkursamt im Besitz hat, z.B. die Buchhaltung des Schuldners samt Belegen und gegebenenfalls die Protokolle der

Sitzungen der Organe der in Konkurs gefallenen Gesellschaft (BGE 93 III 4, E. 1 mit Hinweisen). Ob und wie weit einem Interessenten Einsicht zu gewähren und welche Auskunft zu erteilen ist, muss von Fall zu Fall aufgrund des Interessennachweises entschieden werden (BGE 135 III 503, E. 3 mit Hinweisen). Die konkret nachgewiesenen Interessen bestimmen damit die Tiefe des Akteneinsichtsrechts (David Rüetschi, Die Einführung eines differenzierten Interessennachweises im Rahmen der Betreuungsauskunft, in: Anwaltspraxis 10/2009, 479 ff., 480). Die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 135 III 503 machen deutlich, dass eine schematische Anwendung der in Art. 8a SchKG aufgestellten abstrakten Voraussetzungen für eine Betreibungsregisterauskunft nicht zulässig ist, sondern dass die auf dem Spiel stehenden Interessen vom Konkursamt in jedem Fall individuell zu prüfen und gegeneinander abzuwägen sind, sobald Einsicht in mehr als die eigentlichen Register begehrt wird. Das Bundesgericht spricht sich explizit dagegen aus, dass mit einem erbrachten Interessennachweis ein umfassendes und grundsätzlich unbeschränktes Einsichtsrecht besteht. Im Ergebnis kommt es damit zu einer differenzierten Behandlung von Auskunftsgesuchen, und zwar abhängig von der Art der verlangten Auskunft. Wird lediglich eine Registereinsicht verlangt, sind bei einem Nachweis des Interesses sämtliche im Register verzeichneten und gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG nicht von der Auskunft ausgeschlossenen Informationen herauszugeben. Eine abgestufte Auskunftserteilung, die auf die Art des Interessennachweises abstellt, gibt es hier nicht. Will der Gesuchsteller dagegen Einsicht in weitergehende Akten erhalten, muss er konkret darlegen, weshalb er an der entsprechenden Auskunft ein Interesse hat, und das Konkursamt hat dessen Vorliegen konkret zu prüfen. Allerdings hat die grundsätzliche Gutheissung eines solchen Gesuchs kein umfassendes Einsichtsrecht zur Folge. Einsicht ist vielmehr in jedem Fall nur so weit zu gewähren, als dies zur Wahrung der vom Gesuchsteller dargelegten Interessen im Einzelfall erforderlich ist (Rüetschi, a.a.O., 482). Zu erwähnen bleibt, dass das Bundesgericht in BGE 135 III 503 zum Schluss kommt, dass es auch gerechtfertigt sein kann, einem nicht betreibenden Gläubiger aufgrund einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung Einsicht über die Betreibungsregister hinaus zu gewähren (BGE 135 III 503, E. 3.5.4).

2.2 Der Beschwerdeführer verlangt nicht bloss Einsicht in einen Betreibungsregisterauszug, sondern in weitere Akten, die über die im Betreibungsregister enthaltenen Informationen hinausgehen, insbesondere in die von der Beschwerdegegnerin geführten Protokolle und zugehörige Aktenstücke, in die von der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 223 Abs. 2 SchKG gesicherten Belege (u.a. Buchhaltung) sowie in die Protokolle der Sitzungen der Organe der F. AG. Ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Einsicht in die verlangten Akten hat, ist nach dem Gesagten aufgrund seines Interessennachweises zu bestimmen.

2.3 Erforderlich ist nach der Rechtsprechung ein besonderes und gegenwärtiges Interesse. Dieses Interesse braucht nicht notwendigerweise finanzieller Art zu sein; vielmehr genügt ein rechtliches Interesse anderer Art (BGE 99 III 41, E. 3; BGE 105 III 38, E. 1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird ein schützenswertes Interesse grundsätzlich bei Personen bejaht, die glaubhaft machen können, dass sie gegenüber der von der Auskunft betroffenen Person eine Forderung haben, ferner zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit einer Person, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein Vertragsabschluss bevorsteht oder der Gesuchsteller mit der betreffenden Person in einem Prozess steht (BGE 115 III 81,

E. 2). Der Kern des schützenswerten rechtlichen Interesses liegt darin, dass ein direkter Zusammenhang zwischen der der Auskunft zu entnehmenden Information und der Gefährdung berechtigter Interessen des Auskunftssuchenden bestehen muss. Der Gesuchsteller braucht nicht Gläubiger des Betroffenen zu sein, um Einsicht zu erhalten (James T. Peter, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2010, N. 7 zu Art. 8a SchKG). Damit genügt es auch, wenn ein Rechtsstreit erst beabsichtigt ist. Dementsprechend wurde in BGE 93 III 4 die Konkursverwaltung dazu verpflichtet, einem Dritten Akteneinsicht zu gewähren, weil er eine Vertragsverletzung eines Konkursgläubigers ihm gegenüber vermutete und dies anhand der Konkursakten überprüfen wollte. Mit diesem Entscheid wird deutlich, dass das Auskunftsrecht klar über den reinen Kreditschutz hinaus geht (Peter, a.a.O., N. 7 zu Art. 8a SchKG).

Ein strenger Nachweis des Interesses darf vom Gesuchsteller nicht verlangt werden, sondern die Einsicht ist ihm zu gewähren, wenn ernsthafte Indizien das Bestehen des Interesses wahrscheinlich machen (BGE 99 III 41, E. 3; BGE 105 III 38, E. 1). Der Wortlaut von Art. 8a Abs. 1 SchKG besagt, dass das Interesse glaubhaft zu machen ist. Glaubhaftmachen ist zwar mehr als behaupten und bedarf daher häufig auch in gerichtlichen Prozessen schriftlicher Unterlagen. Trotzdem ist der Beweisführer nicht auf die gesetzlichen Beweismittel beschränkt. Ist er glaubwürdig und ist seine Darstellung plausibel, so kann schon seine persönliche Versicherung genügen (Peter, a.a.O., N. 13 zu Art. 8a SchKG, mit Hinweis).

3. Der Beschwerdeführer begründet sein Akteneinsichtsgesuch damit, dass er erst durch den Einblick in die Protokolle und die zugehörigen Aktenstücke der Beschwerdegegnerin sowie in die Geschäftsbücher (einschliesslich der Buchhaltung) der F. AG weitere Beweismittel für den Bestand seiner Schadenersatzforderung nach Art. 722 OR einreichen und die Forderung im Konkursverfahren anmelden könne. Ferner könne er nur durch Akteneinsicht feststellen, ob sich die Wertpapiere im ausschliesslichen Gewahrsam der Konkursmasse befinden und ob diese im Verlauf des Konkursverfahrens von der Beschwerdegegnerin veräussert wurden. Schliesslich sei er auch für die Prüfung einer Schadenersatzforderung gegenüber der Revisionsstelle der Gesellschaft sowie den in- und ausländischen kontoführenden Banken auf Einsicht in die Akten angewiesen. Der Beschwerdeführer verwies in seinem Gesuch um Akteneinsicht an die Beschwerdegegnerin sowie in seiner Beschwerde auf den Entscheid des Obergerichts SK 12/016 vom 14. Mai 2012 und den darin geschilderten Sachverhalt. Da im Verfahren SK 12/016 dieselben Parteien beteiligt waren und der zugrunde gelegene Sachverhalt Ausgangspunkt für die Beurteilung des Interesses des Beschwerdeführers ist, wurde dieser Entscheid zu den Akten gezogen. Im Verfahren SK 12/016 gab der Beschwerdeführer an, dass er mit R., Verwaltungsratsmitglied der F. AG, einen Mietvertrag abgeschlossen habe. Gemäss vertraglicher Vereinbarung habe R. Wertpapiere im Wert von Fr. 480'000.-- als Sicherheit für den Mietzins erhalten. Diese Sicherheit in Wertpapieren sei von R. nicht auf ein Depot, das auf den Namen des Mieters lautet, hinterlegt worden. R. habe die Wertpapiere unrechtmässig auf ausländischen Konti bzw. Depots der F. AG deponiert.

4./4.1 Der Beschwerdeführer will im Konkursverfahren eine Forderung auf Schadenersatz gegen die F. AG in Liquidation einreichen. Zum Beweis seiner Schaden-

ersatzforderung nach Art. 722 OR ist er auf allfällig weitere Beweismittel angewiesen, zu denen er erst durch Einsicht in die Konkursakten gelangen könnte. So dann will er die Eingabe einer Schadenersatzforderung gegen die Revisionsstelle der Gesellschaft oder weitere Personen prüfen, wozu er ebenfalls Akteneinsicht verlangt. Die mit Publikation im Schweizerischen Handelsblatt angesetzte Monatsfrist zur Eingabe von Forderungen (vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) ist abgelaufen. Dem Beschwerdeführer bleibt es dennoch erlaubt – unter allfälliger Kostenfolge – bis zum Schluss des Konkursverfahrens eine Konkurs eingabe anzubringen (Art. 251 Abs. 1 und 2 SchKG). Jeder Gläubiger hat in seiner Forderungseingabe der Substanziierungspflicht nachzukommen, d.h. er hat neben der Forderungssumme auch den Forderungsgrund anzugeben. Der Eingabe sind die entsprechenden Beweismittel beizulegen (Urs Lustenberger, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2010, N. 9 zu Art. 232 SchKG). Die ursprünglich im Konkursverfahren eingegebene Schadenersatzforderung wurde von der Beschwerdegegnerin aufgrund der eingereichten Beweismittel geprüft und schliesslich abgewiesen. Der Beschwerdeführer ist nun interessiert, an weitere Beweismittel zu gelangen. Die Darstellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der geleisteten Mietzinssicherheit unter der genauen Bezeichnung der Wertpapiere mit Nennung der Identifikationsnummer lässt das Interesse des Beschwerdeführers als wahrscheinlich und glaubwürdig erscheinen. Der Beschwerdeführer hat damit grundsätzlich ein konkretes, gegenwärtiges und schützenswertes Interesse an einer Einsicht in die Konkursakten glaubhaft gemacht. Diesem Interesse steht jedoch dasjenige der F. AG in Liquidation auf Geheimhaltung entgegen.

4.2 Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das Interesse des Beschwerdeführers gegenüber demjenigen der konkursiten Gesellschaft überwiegt und eine Akteneinsicht zu gewähren ist.

4.2.1 Der Beschwerdeführer strebt eine Klage nach Art. 722 OR an. Während im Bereich der Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR) durch Gläubiger versucht wird, für einen im Verhältnis zur Aktiengesellschaft entstandenen Schaden von einem Organ Ersatz zu erhalten, gibt Art. 722 OR dem Geschädigten die Möglichkeit, umgekehrt vorzugehen, indem er einen durch ein Organ verursachten Schaden bei der Aktiengesellschaft geltend macht (Rolf Watter, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 2012, N. 2 zu Art. 722 OR). Gestützt auf Art. 722 OR wäre damit die F. AG schadenersatzpflichtig, weshalb eine Forderungseingabe in deren Konkursverfahren möglich ist.

4.2.2 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, dass im Konkursverfahren die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche, insbesondere gemäss Art. 752 ff. OR oder aus schuldrechtlichen Verträgen, in einem späteren Verfahrensstadium den Gläubigern nach Massgabe von Art. 260 SchKG zur Abtretung angeboten werden. Um sich solche Rechtsansprüche abtreten lassen zu können und damit auch ein Einsichtsrecht in die Verfahrensunterlagen geltend machen zu können, sei ein Gläubigerstatus Voraussetzung. Der Beschwerdeführer müsste eine gegen die konkursite Gesellschaft gerichtete, kollozierte Forderung innehaben. Vorab stehe aber die Geltendmachung des Anspruchs aus Verantwortlichkeit im Konkurs einer Gesellschaft der Konkursverwaltung zu. Nur im Falle eines primären Verzichts der

Konkursverwaltung könnten die Berechtigten die Abtretung des Anspruchs verlangen.

Gemäss Art. 757 OR sind im Konkurs auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen (Abs. 1). Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt (Abs. 2). Vorbehalten bleibt die Abtretung nach Art. 260 SchKG (Abs. 3), wobei diesem Absatz der Bestimmung nur rein deklaratorische Bedeutung zukommt und er keine zusätzlichen Rechte verleiht (Gericke/Waller, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 2012, N. 36 zu Art. 757 OR). Art. 260 SchKG regelt die Abtretung von Rechtsansprüchen der Konkursmasse an die Gläubiger. Die Beschwerdeführerin nimmt mit ihrem Einwand Bezug auf diese gesetzlichen Bestimmungen. Diese sind aber vorliegend nicht einschlägig, da der Beschwerdeführer nicht Ersatz des Schadens an die Gesellschaft, sondern an sich selber verlangt. Er will nicht einen mittelbaren, sondern einen unmittelbaren Schaden gestützt auf Art. 722 OR gegen die F. AG in Liquidation geltend machen. Der Einwand der Beschwerdegegnerin, es sei erst für den Fall, dass dem Beschwerdeführer ein aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsanspruch abgetreten werde, ein Interesse zu bejahen, geht somit vorliegend fehl.

4.2.3 Der Beschwerdeführer bedarf zur Substanziierung seiner Schadenersatzforderung weiterer Beweismittel, die er sich in den Konkursakten erhofft. Insbesondere muss er für die Geltendmachung einer Forderung gestützt auf Art. 722 OR beweisen können, dass R. als Organ gehandelt hat und ein funktioneller Zusammenhang besteht, d.h. die schädigende Handlung im allgemeinen Wirkungskreis des Organs begangen wurde (vgl. Watter, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 722 OR). Ohne entsprechende Beweise wird die Forderung abgewiesen und nicht kolloziert. Nur durch Gewährung der Akteneinsicht könnte der Beschwerdeführer an allfällige Beweismittel gelangen. Das entgegenstehende Interesse der F. AG in Liquidation auf Geheimhaltung ist von untergeordneter Bedeutung, da über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde und eine weitere Geschäftstätigkeit damit ausser Betracht fällt. Demzufolge überwiegt das Interesse des Beschwerdeführers an der Einsicht in die Akten gegenüber demjenigen der konkursiten Gesellschaft auf Geheimhaltung. Folglich ist dem Beschwerdeführer die Einsicht in die Konkursakten, insbesondere in die Geschäftsbücher der F. AG in Liquidation, zu gewähren, da vorliegend keine Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Einsichtsrechts bestehen. In diesem Punkt ist die Beschwerde begründet.

Diese Ausführungen gelten sinngemäss auch für die Prüfung einer Schadenersatzforderung gegen die Revisionsstelle als Organ der konkursiten Gesellschaft gemäss Art. 722 OR.

5./5.1 Der Beschwerdeführer beabsichtigt ferner, die Aussonderung der in seinem Eigentum stehenden Wertpapiere zu verlangen, sofern sich diese in der Konkursmasse befinden. Die Frist zur Geltendmachung von Eigentumsansprüchen ist gemäss Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt abgelaufen. Verspätete Eingaben sind dennoch – unter allfälliger Kostentragung – bis zum Schluss des Konkursverfahrens möglich (vgl. Art. 251 Abs. 1 und 2 SchKG, Art. 45 letzter

Satz und Art. 50 KOV). Wie erwähnt lässt die Darstellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der geleisteten Mietzinssicherheit unter der genauen Bezeichnung der Wertpapiere mit Nennung der Identifikationsnummer das Interesse des Beschwerdeführers als wahrscheinlich und glaubwürdig erscheinen. Der Beschwerdeführer hat demzufolge grundsätzlich ein konkretes, gegenwärtiges und schützenswertes Interesse an einer Einsicht in die Konkursakten glaubhaft gemacht. Diesem Interesse steht dasjenige der F. AG in Liquidation auf Geheimhaltung entgegen.

5.2 Im Weiteren gilt nun zu prüfen, ob das Interesse des Beschwerdeführers gegenüber demjenigen der konkursiten Gesellschaft überwiegt und eine Akteneinsicht gebietet. Der Beschwerdeführer kann die Wertpapiere als Aussonderungsgegenstand genau bezeichnen, sodass das Begehren um Aussonderung grundsätzlich auch ohne Einsicht in die Konkursakten formgerecht gestellt werden kann. Demzufolge ist dafür eine Akteneinsicht nicht erforderlich. Ob sich die Wertpapiere in der Konkursmasse befinden, muss sodann nicht zwingend aus dem Konkursinventar hervorgehen. Denn nicht erst die Aufnahme der Vermögenswerte in das Inventar bewirkt den Konkursbeschluss über sie, sondern unmittelbar bereits die Konkurseröffnung. Die Inventarisierung ist bloss eine darauffolgende Verwaltungshandlung des Konkursamtes, die keinerlei Wirkung gegenüber Dritten entfaltet (BGE 114 III 21, E. 5b; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, N. 17 zu § 44). Daher würde die Einsicht in das Inventar dem Beschwerdeführer nicht ohne weiteres erlauben, abschliessend festzustellen, ob sich die Wertpapiere in der Konkursmasse befinden und sein Aussonderungsbegehren begründet ist. Nichtsdestotrotz gewährt die Einsicht in das Inventar dem Beschwerdeführer Gewissheit darüber, ob die Wertpapiere inventarisiert und gegebenenfalls veräussert worden sind (vgl. zum Erlös als Surrogat: BGE 122 III 436, E. 2c). Durch einen Einblick in die Geschäftsbücher der konkursiten Gesellschaft kann der Beschwerdeführer überdies in Erfahrung bringen, ob die allenfalls nicht inventarisierten Wertpapiere zur Konkursmasse gehören. Das dem Interesse des Beschwerdeführers entgegenstehende Interesse der F. AG in Liquidation auf Geheimhaltung ist auch hier von untergeordneter Bedeutung, da über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde und eine weitere Geschäftstätigkeit damit ausser Betracht fällt. Zusammenfassend ist dem Beschwerdeführer daher für die Beurteilung der Begründetheit des Aussonderungsanspruchs Einsicht in die Konkursakten, insbesondere in das Inventar und die Geschäftsbücher der konkursiten Gesellschaft zu gewähren, zumal vorliegend keine Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Einsichtsrechts bestehen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet.

6. Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Stellungnahme abschliessend fest, dass sie nicht im Besitz von eigentlichen Buchhaltungsunterlagen sei, da sämtliche vorhandenen Unterlagen durch die zuständigen Strafuntersuchungsbehörden beschlagnahmt worden seien. Die Beschwerde nach Art. 17 SchKG muss einen praktischen Verfahrenszweck verfolgen. Die Korrektur im Sinn eines Zurückkommens auf eine angefochtene Handlung muss noch möglich sein. Dies setzt in der Regel voraus, dass das Vollstreckungsverfahren noch im Gang ist und die Belastung gegenwärtig bzw. die Unterlassung nachholbar ist. Ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht ausnahmsweise dann, wenn sich die beanstandete Handlung jederzeit in ähnlicher Weise wiederholen, aber die betreffende Problematik nie rechtzeitig be-

urteilt werden könnte. Die Beschwerde dient einzig vollstreckungsrechtlichen Zielen; die blosser Feststellung einer Pflichtwidrigkeit, nur um eine bessere Grundlage für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen, ist beispielsweise unzulässig (Cometta/Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staeheli, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2010, N. 7 zu Art. 17 SchKG, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Fehlt es an einem praktischen Verfahrenszweck, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000, N. 5 zu Art. 17 SchKG; Urteil des Bundesgerichts 7B.139/2006 vom 28. September 2006, E. 1.1). Wo keine Akten mehr vorhanden sind, ist eine Einsicht nicht möglich. Obwohl der Beschwerdeführer grundsätzlich das Recht hätte, in die Geschäftsbücher der F. AG in Liquidation Einsicht zu nehmen, kann die Beschwerdegegerin im jetzigen Zeitpunkt angesichts der konkreten Umstände nicht angewiesen werden, dem Beschwerdeführer Akteneinsicht zu gewähren. Dem Gesagten zufolge wäre daher mangels Erfüllung eines praktischen Verfahrenszwecks auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dem Beschwerdeführer geht es jedoch vorliegend nicht um die blosser Feststellung einer Rechtswidrigkeit, sondern sein primäres Ziel ist die tatsächliche Erlangung der Akteneinsicht. Es ist davon auszugehen, dass es sich seiner Kenntnis entzog, dass sämtliche vorhandenen Unterlagen von den Strafverfolgungsbehörden beschlagnahmt wurden. Sodann erweist sich die Gewährung der Akteneinsicht durch die Beschwerdegegerin nur solange als unmöglich, als die Unterlagen beschlagnahmt sind. Aus diesen Gründen wird die Beschwerdevoraussetzung des praktischen Verfahrenszwecks vorliegend nicht eng ausgelegt und die Beschwerde materiell behandelt. Sobald die Beschwerdegegerin wieder in den Besitz der beschlagnahmten Unterlagen gelangt, hat sie dem Beschwerdeführer Einsicht in die Geschäftsbücher der F. AG in Liquidation zu gewähren. In diesem Sinne wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

7. Zusammenfassend ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens gehen zulasten des Staates (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG).

13

#### **Art. 97 SchKG**

**Das Betreibungsamt hat auch anlässlich der Pfändung von Aktien nicht börsenkotierter Unternehmen eine betragsmässige Schätzung vorzunehmen; ein Anspruch auf eine genaue Schätzung durch einen Sachverständigen besteht jedoch nicht (E. 1–3). Ein Kostenvorschuss für die Schätzung darf nicht erhoben werden (E. 5.2). Bei der Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums im Rahmen einer Einkommenspfändung ist ein unangemessener Mietzins unter Einräumung einer Übergangsfrist herabzusetzen; Korrektur zu tief veranschlagter Krankenkassenkosten durch die Beschwerdeinstanz (E. 4).**

Entscheid des Obergerichts vom 27. Februar 2013

Aus den Erwägungen:

1. Streitig ist einerseits die Schätzung der gepfändeten Aktien und andererseits die Bemessung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums durch das Betreibungsamt.

1.1 Gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG kann gegen jede Verfügung eines Betreibungsamtes bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden. Sowohl bei der Bemessung des Existenzminimums im Rahmen einer Einkommenspfändung als auch bei der Schätzung der gepfändeten Gegenstände handelt es sich um Ermessensentscheide, die von der Aufsichtsbehörde auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden können (vgl. Ammonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 6 N. 18). Gerügt werden kann insbesondere die Verweigerung bzw. Unterlassung der Schätzung sowie die Berechnung des Existenzminimums (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basel 2010, N. 25 zu Art. 97 SchKG, N. 65 zu Art. 93 SchKG). Das Obergericht ist die Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkurswesen; es entscheidet über Beschwerden gegen das Betreibungs- und Konkursamt (Art. 76 Abs. 1 und 2 GOG). Zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist das Obergericht somit zuständig.

1.2/1.2.1 In Bezug auf die gerügte fehlende Schätzung der Aktien ist das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers zu bejahen. Die Schätzung soll den mutmasslichen Verkaufswert des gepfändeten Gegenstandes bestimmen und gibt den Interessenten im Verwertungsverfahren einen Anhaltspunkt über das vertretbare Angebot. Die Schätzung kann sich somit auf den Gang des Verwertungsverfahrens und auf den erzielbaren Erlös auswirken. Zudem hat der Schuldner grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse an der ordnungsgemässen Abwicklung des Zwangsvollstreckungsverfahrens (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 26 zu Art. 97 SchKG; BGE 129 III 595, E. 3). Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer dieselbe Rüge bereits im Beschwerdeverfahren gegen den Pfändungsvollzug bzw. die Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 vorgebracht hat. Eine Beschwerde des Schuldners wirkt gegenüber allen Gläubigern einer Pfändungsgruppe, aber nur innerhalb der betreffenden Gruppe. Bei Pfändungen für eine neue Gruppe kann der Schuldner erneut Beschwerde führen, auch wenn die gleichen Fragen bereits für eine vorherige Gruppe durch die Aufsichtsbehörde beurteilt wurden (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 56 zu Art. 110 SchKG; BGE 133 III 580).

1.2.2 Was die Rüge der fehlerhaften Berechnung des Existenzminimums betrifft, ist die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers ebenfalls zu bejahen. Nach dem Gesagten zeitigt eine Beschwerde nur innerhalb einer Pfändungsgruppe Wirkung. Die einzelnen Gläubigergruppen sind voneinander unabhängig. So können sich die Gläubiger bei der Pfändung des Über- oder Mehrerlöses beispielsweise nicht darauf berufen, dass der Schuldner die Unpfändbarkeit in der vorgehenden Gruppe nicht geltend gemacht hat (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 63 zu Art. 110 SchKG). Dass das Betreibungsamt in der vorangegangenen Pfändung der Gruppe Nr. 2121067 für die Bestimmung des Existenzminimums von denselben Berechnungsgrundlagen ausging, diese vom Beschwerdeführer aber nicht ange-

fochten wurden, bedeutet deshalb nicht, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht mehr berechtigt ist, sich gegen die Berechnung des Existenzminimums durch das Betreibungsamt zu wehren. Dies gilt umso mehr, als der Schuldner sogar bei jedem Pfändungsanschluss innerhalb einer Gläubigergruppe die Überprüfung der Höhe der Einkommenspfändung verlangen kann (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 57 zu Art. 93 SchKG und N. 20 zu Art. 110 SchKG). Als betriebener Schuldner ist der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren somit beschwerdeberechtigt.

1.3 Die Beschwerde muss nach Art. 17 Abs. 2 SchKG binnen 10 Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden. Bei einer verfügten Pfändung beginnt die Beschwerdefrist erst mit der Zustellung der Pfändungsurkunde zu laufen (BGE 107 III 7, E. 2). Die Pfändungsurkunde datiert vom 5. Dezember 2012. Wann sie dem Beschwerdeführer zugegangen ist, ergibt sich aus den Akten nicht. Die Frist begann aber frühestens am 6. Dezember 2012 zu laufen. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 hat sich der Beschwerdeführer an das Betreibungsamt gewandt. Nach Art. 32 Abs. 2 SchKG gilt eine Frist auch dann als gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf ein unzuständiges Betreibungs- oder Konkursamt angerufen wird. Dieser Grundsatz gilt auch für eine Beschwerde, die beim Betreibungsamt anstatt bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eingereicht wird (BGE 100 III 8). Die Beschwerdefrist wurde mit der Eingabe an das Betreibungsamt somit gewahrt. Die verbesserte Beschwerde ist beim Obergericht sodann innert der vom Präsidenten angesetzten 10-tägigen Frist eingegangen. Auf die fristgerechte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst die unterbliebene betreibungsamtliche Schätzung der gepfändeten Namenaktien der X. AG und Y. AG. Er macht geltend, das Betreibungsamt habe in der Pfändungsurkunde unter dem Titel „betreibungsamtliche Schätzung“ nur den Begriff „pro memoria“ eingesetzt, aber keinen Frankenbetrag angegeben. Damit sei die betreibungsamtliche Schätzung, welche zwingend vorgenommen werden müsse, nachweislich unterblieben. Der Wert der gepfändeten Aktien sei überhaupt nicht geschätzt worden.

Das Betreibungsamt stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, indem bei der Pfändung auf eine mangelnde Deckung der in Betreibung gesetzten Forderung erkannt und die Pfändungsurkunde als provisorischer Verlustschein ausgestellt worden sei, sei eine implizite Schätzung des Pfändungssubstrats vorgenommen worden. Eine solche indirekte Schätzung liege im Ermessen des Betreibungsamtes. Mit der „pro memoria-Schätzung“ habe es den Ermessensspielraum weit, aber korrekt ausgelegt. Auch die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, die Aktien seien korrekt gepfändet und bewertet worden. Sie hält fest, wenn die Aktien bereits in der vorgehenden Pfändungsgruppe zur Verwertung gelangen, sei klar, dass nur noch ein aus der Verwertung resultierender Mehrerlös der Gläubigerin zukommen könne. Dass ein solcher Mehrerlös bei einem Nominalwert der Aktien von insgesamt Fr. 66'000.-- zurzeit nicht wahrscheinlich sei, ergebe sich aus dem Pfändungsprotokoll der vorgehenden Pfändungsgruppe Nr. 2121067. Vor dem Hintergrund, dass die Aktien bereits in der vorgehenden Betreibung gepfändet wurden, sei es richtig, dass diese mit dem Wert „pro memoria“ in der Pfändungsurkunde aufgeführt würden.

3./3.1 Art. 97 SchKG sieht vor, dass der Beamte die gepfändeten Gegenstände schätzt, nötigenfalls mit Zuziehung von Sachverständigen (Abs. 1). Es wird nicht mehr gepfändet als nötig ist, um die pfändenden Gläubiger für ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten zu befriedigen (Abs. 2). Über jede Pfändung wird eine mit der Unterschrift des vollziehenden Beamten oder Angestellten zu versehenende Urkunde (Pfändungsurkunde) aufgenommen. Dieselbe bezeichnet den Gläubiger und den Schuldner, den Betrag der Forderung, Tag und Stunde der Pfändung, die gepfändeten Vermögensstücke samt deren Schätzung sowie, gegebenenfalls, die Ansprüche Dritter (Art. 112 Abs. 1 SchKG).

3.2/3.2.1 Art. 97 Abs. 1 SchKG verfolgt ein zweifaches Ziel. Anhand der Schätzung kann der Betreibungsbeamte im Interesse des Schuldners und des Gläubigers die Pfändungsgrundlage festsetzen. Durch die Schätzung soll der voraussichtliche Erlös einer Zwangsversteigerung ermittelt werden. Die Schätzung ermöglicht es zu bestimmen, ob die gepfändeten Gegenstände genügen, um die pfändenden Gläubiger zu befriedigen. Daneben dient die Schätzung aber auch der Information der am Erwerb der gepfändeten Vermögensstücke interessierten Dritten. Der Betreibungsbeamte muss jeden Gegenstand, den er pfändet, schätzen. Dies gilt für unbewegliche und bewegliche Sachen, Forderungen und andere Rechte. Er muss als Schätzungswert den Betrag nennen, welcher bei der Verwertung, d.h. in der Zwangsversteigerung, wahrscheinlich erzielt werden wird. Der Schätzungswert muss in der Pfändungsurkunde aufgeführt werden (vgl. Art. 112 Abs. 1 SchKG). Die Schätzung ist eine Ermessenssache, für welche der Betreibungsbeamte unter Umständen Sachverständige beiziehen muss. Eine unsachgemässe oder fehlende Schätzung beeinträchtigt die Gültigkeit der Pfändung nicht, da die Schätzung allein den am Verfahren Beteiligten dient. Auf Beschwerde hin muss die Schätzung aber allenfalls nachgeholt werden (Stahelin/Bauer/Stahelin, a.a.O., N. 2 und N. 8 ff. zu Art. 97 SchKG; Kurt Ammann/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 22 N. 48 ff.; AbR 1998/99 Nr. 32).

3.2.2 Für Grundstücke ermächtigt Art. 9 Abs. 2 VZG (Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken, SR 281.42) jeden Beteiligten, bei der Aufsichtsbehörde eine neue Schätzung durch Sachverständige zu verlangen. Dies gilt analog auch für die Pfändung beweglicher Sachen, wenn anerkannte Schätzungskriterien bestehen. Solche Kriterien fehlen bei nicht kotierten Aktien. Eine zuverlässige Schätzung wäre in einem solchen Fall ausserordentlich zeitraubend und würde die Verwertung in einem für den betreibenden Gläubiger unzumutbaren Mass hinauszögern, weshalb bei der Pfändung von nicht börsenkotierten Namenaktien die Beteiligten keinen Rechtsanspruch auf Neuschätzung durch einen Sachverständigen haben (vgl. Ammann/Walther, a.a.O., § 22 N. 50; BGE 101 III 32; 114 III 29, E. 3). Das Gesagte gilt nicht nur für das Pfänderverwertungsverfahren, in welchem der Schätzung untergeordnete Bedeutung zukommt, weil sie nicht der Bestimmung des Deckungsumfanges, sondern lediglich der Aufklärung allfälliger Steigerungsinteressenten dient, sondern auch für das Pfändungsverfahren. Im Pfändungsverfahren steht den Beteiligten somit ebenfalls kein Rechtsanspruch auf eine Neuschätzung durch einen Sachverständigen zu, wenn für die gepfändeten Gegenstände keine anerkannten Schätzungskriterien bestehen (BGE 136 III 490, vgl. auch AbR 1986/87 Nr. 27).

3.3/3.3.1 Wie ausgeführt wurde, ist das Betreibungsamt gemäss Art. 97 SchKG verpflichtet, die gepfändeten Gegenstände zu schätzen, nötigenfalls unter Beizug eines Sachverständigen. In der Pfändungsurkunde ist der Schätzwert, d.h. der Betrag anzugeben, welcher bei der Verwertung wahrscheinlich erzielt werden wird. Das Betreibungsamt hat die Aktien der X. und der Y. AG bereits in der am 13. September 2012 vollzogenen Pfändung für die Pfändungsgruppe Nr. 2121067 gepfändet. Am 26. Oktober 2012 pfändete das Betreibungsamt die besagten Aktien erneut für die nachgehende Pfändungsgruppe Nr. 2121241. Die Beschwerdegegnerin hat lediglich Anspruch auf einen durch die Verwertung in der vorgehenden Pfändungsgruppe allenfalls entstehenden Mehrerlös. Es handelt sich bei der vorliegend streitigen Pfändung also um eine Pfändung des Über- bzw. Mehrerlöses im Sinne von Art. 110 Abs. 3 SchKG. An der Pflicht des Betreibungsamtes, die gepfändeten Gegenstände zu schätzen, ändert sich dadurch indes nichts. Das Betreibungsamt ist gemäss Art. 97 SchKG auch verpflichtet, die gepfändeten Gegenstände zu schätzen, wenn diese wie vorliegend im Sinne von Art. 110 Abs. 3 SchKG für eine nachgehende Gläubigergruppe erneut gepfändet wurden.

3.3.2 Das Betreibungsamt hat in der Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 die gepfändeten Aktienzertifikate der X. AG und der Y. AG mit ihrem Nominalwert aufgeführt. Eine Angabe des Schätzwerts fehlt jedoch. In der Pfändungsurkunde findet sich unter dem Stichwort „Betreibungsamtliche Schätzung“ lediglich der Hinweis „pro memoria“. Eine frankemässige Schätzung hat das Betreibungsamt nicht vorgenommen. Auch in der vorgehenden Pfändung für die Pfändungsgruppe Nr. 2121067 unterliess es das Betreibungsamt, die Aktien zu schätzen. In der Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 wurde ebenfalls kein Schätzwert angegeben. Das Betreibungsamt hat zwar sowohl in der vorangehenden als auch in der vorliegend zur Beurteilung stehenden Pfändung festgestellt, dass der Wert der gepfändeten Gegenstände nicht genügt, um die Forderungen inkl. Betreibungs- bzw. Pfändungskosten zu decken. Um eine solche Feststellung treffen zu können, musste sie auch die gepfändeten Aktien schätzen bzw. Annahmen bezüglich des Wertes der Aktien treffen. Eine derartige implizite Schätzung vermag jedoch, entgegen der Ansicht des Betreibungsamtes, nicht zu genügen. Problematisch ist das Vorgehen des Betreibungsamtes insbesondere mit Blick auf die Bedeutung der Schätzung im Pfändungsverfahren. Der Schätzwert dient im Pfändungsverfahren sowohl der Bestimmung des Deckungsumfanges als auch der Aufklärung allfälliger Steigerungsinteressenten. Für die Beteiligten des Pfändungsverfahrens ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar, von welchem Aktienwert das Betreibungsamt ausgeht. Der Beschwerdeführer kann sich kein Bild über das Ausmass der ihm verbleibenden Schulden machen. Der Schuldner hat aber auch im nachgehenden Pfändungsverfahren ein Interesse daran, zu erfahren, ob aus der Verwertung der gepfändeten Gegenstände wirklich kein zur Tilgung der Forderungen genügender Erlös zu erwarten ist bzw. ob allenfalls doch mit einem Mehrerlös gerechnet werden kann. Ferner ist davon auszugehen, dass sich der Verkauf der Aktien an einer Versteigerung schwieriger gestalten bzw. der Erlös entsprechend geringer ausfallen könnte, wenn die Steigerungsinteressenten keinen Anhaltspunkt bezüglich des Wertes der Aktien haben und implizit davon ausgehen, die Aktien würden keinen grossen Wert aufweisen. Das Ergebnis der Versteigerung wirkt sich, in Form eines allfälligen Mehrerlöses, somit auch auf die nachfolgende Pfändungsgruppe aus. Die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend den Anspruch auf eine Neuschätzung durch einen Sachverständigen im

Falle einer Pfändung nicht börsenkotierter Aktien, kann auf den vorliegenden Fall sodann nicht angewendet werden. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Fälle, in welchen das Betreibungsamt eine erste Schätzung vorgenommen hat und die Beteiligten des Pfändungsverfahrens eine erneute Schätzung durch einen Sachverständigen verlangten. Im vorliegenden Fall hat das Betreibungsamt hingegen gar keine bzw. lediglich eine implizite Schätzung vorgenommen, die aus den Pfändungsurkunden vom 31. Oktober und 5. Dezember 2012 nicht ersichtlich ist. Der Umstand, dass eine zuverlässige Schätzung von Aktien nicht börsenkotierter Unternehmen gemäss Bundesgericht mit einem hohen Aufwand verbunden ist, kann nicht bedeuten, dass in solchen Fällen eine Schätzung gänzlich unterbleiben kann. Das Bundesgericht verneint lediglich einen Anspruch der Beteiligten auf eine genaue Schätzung durch einen Sachverständigen. Aus der dargelegten Rechtsprechung kann also höchstens gefolgert werden, dass aufgrund des grossen Aufwandes auch eine summarische Schätzung genügen muss. Nach dem Gesagten hätte das Betreibungsamt eine betragsmässige Schätzung der gepfändeten Aktien vornehmen und den Wert auch in der Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 angeben müssen. Der Umstand, dass es sich bei der am 26. Oktober 2012 vollzogenen Pfändung um eine Pfändung auf den Mehrerlös gemäss Art. 110 Abs. 3 SchKG handelt, ändert daran nichts, zumal sich die Frage der ordnungsgemässen Schätzung im vorliegenden Verfahren gar nicht gestellt hätte, wenn das Betreibungsamt seiner Pflicht, die gepfändeten Aktien zu schätzen, bereits im ersten Pfändungsverfahren nachgekommen wäre. Der Ansicht der Beschwerdegegnerin, vor dem Hintergrund, dass die Aktien bereits in der vorgehenden Betreibung gepfändet wurden, sei es richtig, dass diese nur mit dem Wert „pro memoria“ in der Pfändungsurkunde aufgeführt wurden, kann daher nicht gefolgert werden. Im Übrigen ist auch nicht einzusehen, weshalb das Betreibungsamt in der Pfändungsurkunde keinen ungefähren Schätzungsbetrag angegeben hat, hat es doch eine implizite Beurteilung (welche aber nicht als Schätzung gelten kann) vornehmen müssen, um feststellen zu können, dass die Forderungen durch deren Verwertung nicht gedeckt werden können.

3.3.3 Schliesslich wäre eine Schätzung im vorliegenden Fall auch nicht mit einem übermässigen Aufwand verbunden gewesen. Das Betreibungsamt hätte beispielsweise die zuständige Steuerbehörde um eine Auskunft ersuchen können, ist doch anzunehmen, dass diese zur Ermittlung des Steuersubstrats auch die Aktien bewerten musste. Sodann hätte sich das Betreibungsamt für die Bemessung des Wertes der Aktien der X. AG und der Y. AG auf die Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer der Schweizerischen Steuerkonferenz (Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008) stützen können (abrufbar unter: <http://steuerkonferenz.ch>), wo für den Wert der Aktien auf den Verkehrswert abgestellt wird. Der Verkehrswert der Aktien hätte sich anhand der Jahresrechnungen der X. AG und der Y. AG berechnen lassen. Die Bemessungsgrundsätze des Steuerrechts anzuwenden scheint jedenfalls sachgerecht.

3.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das Betreibungsamt die gepfändeten Aktienzertifikate der X. AG und der Y. AG nicht ordnungsgemäss geschätzt hat. Die Schätzung der gepfändeten Aktien ist nachzuholen und der Schätzungsbetrag in der Pfändungsurkunde anzugeben. Die Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 ist entsprechend zu ergänzen. Einen Anspruch auf eine Schätzung durch einen Sachverständigen hat der Beschwerdeführer indes nicht, da für nicht börsenko-

tierte Namensaktien keine anerkannten Schätzungskriterien bestehen (vgl. E. 3.2). Die Gültigkeit der Pfändung wird durch die fehlende Schätzung im Übrigen nicht beeinträchtigt.

4. Im Weiteren beanstandet der Beschwerdeführer die im Rahmen der Einkommenspfändung vom Betreibungsamt vorgenommene Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums.

4.1 Bei der Bestimmung des pfändbaren Einkommens gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG hat das Betreibungsamt das Existenzminimum des Schuldners im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände festzulegen. Es steht ihm dabei ein weiter Ermessungsspielraum zu, dem allerdings durch die anwendbaren Richtlinien der kantonalen Aufsichtsbehörden zur Berechnung des Existenzminimums Schranken gesetzt sind (vgl. BGE 86 III 11; Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 21 f. zu Art. 93 SchKG). Zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG werden im Kanton Obwalden die Richtlinien des Obergerichts als kantonale Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen herangezogen (AbR 2008/09, Nr. 12; nachfolgend Richtlinien). Massgebend für die Beurteilung der Einkommensverhältnisse des Schuldners und der Pfändbarkeit seines Erwerbs ist der Zeitpunkt der Pfändung. Nachträglichen Änderungen der Verhältnisse ist mit einer Revision der Einkommenspfändung gemäss Art. 93 Abs. 3 SchKG Rechnung zu tragen (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 17 zu Art. 93 SchKG). Der Betreibungsbeamte hat die tatsächlichen Verhältnisse zur Ermittlung des pfändbaren Einkommens von Amtes wegen abzuklären. Den Schuldner trifft indes eine Mitwirkungspflicht. Er hat im Rahmen seiner Möglichkeiten die wesentlichen Tatsachen vorzubringen und die ihm zugänglichen Beweise anzugeben. Er kann dies nicht erst im Beschwerdeverfahren tun (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 16 und 43 zu Art. 93 SchKG).

4.2 Das Betreibungsamt hat das Existenzminimum des Beschwerdeführers und dessen Familie in der Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 auf Fr. 7'550.-- festgesetzt und die Pfändung des diesen Betrag übersteigenden Lohnes angeordnet. Per 30. April 2013 verfügte das Betreibungsamt zudem die Herabsetzung des Mietzinses auf Fr. 1'800.--.

4.2.1 Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit der Existenzminimumsberechnung zunächst, die Herabsetzung des im Existenzminimum berücksichtigten Mietzinses von Fr. 4'050.-- auf Fr. 1'800.-- per 30. April 2013.

Gemäss den Richtlinien des Obergerichts ist auf den effektiven Mietzins für das Wohnen abzustellen. Ein den wirtschaftlichen Verhältnissen und persönlichen Bedürfnissen des Schuldners nicht angemessener Mietzins ist aber nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins auf ein ortsübliches Normalmass herabzusetzen (vgl. Ziff. II.1; BGE 129 III 526). Der Grundsatz, dass der von der Lohnpfändung betroffene Schuldner seine Lebenshaltung einschränken und mit dem ihm zugestandenem Existenzminimum auskommen muss, gilt auch in Bezug auf die Wohnkosten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können die effektiv für Wohnkosten anfallenden Auslagen nur vollumfänglich berücksichtigt werden, wenn sie der familiären Situation des Schuldners und den ortsüblichen Ansätzen entsprechen. Dem Schuldner ist die Möglichkeit zu geben, seine Wohnkosten innert einer

angemessenen Frist den für die Berechnung des Notbedarfs massgebenden Verhältnissen anzupassen. Bei einem langjährigen Mietvertrag ist es mit der Pflicht des Schuldners, die Wohnkosten möglichst tief zu halten, unvereinbar, den nächsten ordentlichen Kündigungstermin abzuwarten, wenn es bis dahin noch unverhältnismässig lange dauert. Auch wenn im Moment eine ordentliche Kündigung vertraglich nicht zulässig ist, kann der Schuldner durch andere Massnahmen die Wohnkosten reduzieren. Insbesondere besteht die Möglichkeit der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache (Art. 264 OR) oder der Untervermietung der Wohnung (Art. 262 OR). Als verhältnismässig erachtet das Bundesgericht in solchen Fällen eine Übergangsfrist für die Herabsetzung der Wohnkosten von sechs Monaten (BGE 129 III 526; Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 26 zu Art. 93 SchKG, mit Hinweisen).

4.2.2 Der Beschwerdeführer bewohnt mit seiner Familie eine 5.5-Zimmerwohnung. Der Mietzins beträgt Fr. 4'050.--, inkl. Nebenkosten. Ein Mietzins in dieser Höhe erscheint selbst für einen Vierpersonenhaushalt unverhältnismässig hoch. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Betreibungsamt die Wohnkosten des Beschwerdeführers herabgesetzt hat. Dass der Mietvertrag des Beschwerdeführers frühestens auf den 30. Juni 2013 gekündet werden kann, spielt nach dem Gesagten keine Rolle. Mieter mit auf lange Zeit unkündbaren Verträgen sollen nicht privilegiert werden, weshalb in solchen Fällen für die Herabsetzung der Wohnkosten nicht der nächste ordentliche Kündigungstermin abgewartet werden muss. Das Betreibungsamt hat bereits in der ersten Pfändung vom 13. September 2012 für die Pfändungsgruppe Nr. 2121067 einen Teil des Einkommens des Beschwerdeführers gepfändet und erstmals sein Existenzminimum berechnet. Die Berechnung wurde in der Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 aufgeführt. Von diesem Zeitpunkt an gerechnet hat das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer eine Übergangsfrist von sechs Monaten eingeräumt und die Wohnkosten auf Ende April 2013 herabgesetzt. Eine Übergangsfrist von sechs Monaten für die Herabsetzung der Wohnkosten ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angemessen. Dass das Betreibungsamt die Frist vom Zeitpunkt der ersten verfügten Lohnpfändung an berechnet hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Das in der ursprünglichen Pfändung berechnete Existenzminimum gilt als Grundlage für alle nachfolgenden Pfändungen, es sei denn die Verhältnisse hätten sich in der Zwischenzeit geändert. In diesem Fall müsste das Betreibungsamt die Lohnpfändung revidieren (vgl. Art. 93 Abs. 3 SchKG). Im vorliegenden Fall haben sich die Verhältnisse soweit ersichtlich, zumindest in Bezug auf die Wohnsituation des Beschwerdeführers seit der mit Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 verfügten ersten Einkommenspfändung nicht geändert. Dies wird vom Beschwerdeführer denn auch nicht geltend gemacht. Für die Berechnung des Existenzminimums ist daher auf die damaligen Verhältnisse abzustellen, was auch für die Bemessung der Übergangsfrist bzw. die Bestimmung des Zeitpunkts für die Herabsetzung der Wohnkosten gilt. Der anlässlich des ersten Pfändungsvollzugs mit Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 festgelegte Zeitpunkt für die Reduktion der anrechenbaren Wohnkosten bleibt somit auch für die nachfolgenden Pfändungen bestehen. Es muss nicht bei jedem Pfändungsvollzug eine neue Übergangsfrist eingeräumt und der Zeitpunkt der Herabsetzung neu berechnet werden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt hätte, die Existenzminimumsberechnung bereits im Rahmen der gegen die Pfändungsurkunde vom 31. Oktober 2012 erhobenen Beschwerde anzufechten, was er jedoch unterlassen hat. Das Betreibungsamt hat

demnach zu Recht die Wohnkosten des Beschwerdeführers ab dem 30. April 2013 reduziert.

4.2.3 Neben dem Zeitpunkt der Reduktion der Wohnkosten wehrt sich der Beschwerdegegner auch gegen den Umfang der Herabsetzung. Das Betreibungsamt ging für die Zeit ab dem 30. April 2013 von monatlichen Wohnkosten in Höhe von Fr. 1'800.-- aus. Dabei orientierte es sich an den von der Sozialkommission der Gemeinde Sachseln beschlossenen Mietzinsrichtlinien vom 2. Juli 2012. Gemäss diesen Richtlinien beträgt der ortsübliche Mietzins für eine Haushaltsgrösse von vier Personen Fr. 1'600.-- monatlich. Die Mietzinsrichtlinien der Gemeinde Sachseln wurden am 2. Juli 2012 erlassen und geben daher die aktuellen Verhältnisse wieder. Der vom Betreibungsamt festgelegte Mietzins liegt sogar noch Fr. 200.-- über dem Betrag, den die Richtlinien vorsehen. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass das Betreibungsamt den Mietzins zu tief veranschlagt hat. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was gegen die Anwendung der Mietzinsrichtlinien der Gemeinde Sachseln sprechen würde und die Einschätzung des Betreibungsamts als unangemessen erscheinen liesse. Weshalb der Beschwerdeführer selbst von einem angemessenen Mindestmietzins von Fr. 2'800.-- ausgeht, ist sodann nicht ersichtlich. Die vom Betreibungsamt angenommenen Wohnkosten von Fr. 1'800.-- erscheinen insgesamt angemessen (betreffend Massgeblichkeit der Mietzinsrichtlinien vgl. OGKE SK 03/021 vom 15. Januar 2004, OGKE SK 06/012 vom 21. Juli 2006).

4.3 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, das Betreibungsamt sei von zu tiefen Krankenkassenkosten ausgegangen. Seine effektiven Kosten würden monatlich Fr. 801.-- und nicht wie vom Betreibungsamt angenommen Fr. 700.-- betragen. Gemäss den Richtlinien des Obergerichts ist beim betreibungsrechtlichen Existenzminimum der Prämienaufwand für die obligatorische Krankenversicherung zu berücksichtigen (Ziff. II). Gemäss den vom Beschwerdeführer eingereichten Versicherungspolicen betragen die Krankenkassenprämien der obligatorischen Krankenversicherung für ihn und seine Frau monatlich je Fr. 328.75 und diejenigen für seine beiden Kinder Fr. 80.05 und Fr. 63.45. Insgesamt hat der Beschwerdeführer monatlich für Krankenkassenkosten in Höhe von Fr. 801.-- aufzukommen. Der Beschwerdeführer rügt daher zu Recht die vom Betreibungsamt zu tief veranschlagten Kosten für die Krankenversicherung. Dass die höheren Krankenkassenkosten versehentlich nicht berücksichtigt wurden, wird denn auch vom Betreibungsamt eingeräumt. Der Stellungnahme des Betreibungsamtes vom 22. Januar 2013 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer anlässlich des Pfändungsvollzugs vom 26. Oktober 2012 für die Pfändungsgruppe Nr. 2121241 zu Protokoll gegeben hat, dass die Auslagen für die Krankenkasse monatlich Fr. 700.-- betragen würden und er die massgeblichen Unterlagen nachreichen werde. In der Folge habe der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 6. November 2012 und damit vor Erstellung der Pfändungsurkunde, dem Betreibungsamt die Versicherungspolicen per E-Mail zukommen lassen. Dem Betreibungsamt wäre es somit nach eigenen Angaben möglich gewesen, bei der Berechnung des Existenzminimums die höheren effektiven Krankenkassenkosten zu berücksichtigen und in der Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 anzugeben. Die fehlende Berücksichtigung dieser Kosten ist sodann auch nicht auf eine Verletzung der Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers zurückzuführen. Er hat die massgebenden Unterlagen nicht

erst im Beschwerdeverfahren eingereicht. Die Existenzminimumsberechnung ist entsprechend zu korrigieren.

4.4 Die Existenzminimumsberechnung des Betreibungsamtes ist nach dem Gesagten dahingehend abzuändern, dass bei den Kosten für die Krankenkasse der höhere effektive Prämienaufwand des Beschwerdeführers zu berücksichtigen ist. Die übrigen Positionen der Existenzminimumsberechnung werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Veränderungen sind in der Zwischenzeit soweit ersichtlich ebenfalls nicht eingetreten, weshalb für die übrigen Positionen auf die Berechnung des Betreibungsamtes abgestellt werden kann. Das betriebsrechtliche Existenzminimum des Beschwerdeführers und seiner Familie beträgt bis Ende April 2013 neu insgesamt Fr. 7'651.-- (Grundbedarf inkl. Kinder Fr. 2'700.--, Mietzins Fr. 4'050.--, Krankenkasse Fr. 801.--, Bewerbungen Fr. 100.--). Ab 1. Mai 2013 beträgt das Existenzminimum zufolge Reduktion der Wohnkosten auf Fr. 1'800.-- noch Fr. 5'401.--. Die am 26. Oktober 2012 vollzogene und mit Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 verfügte Lohnpfändung ist entsprechend abzuändern. Beim Beschwerdeführer gilt monatlich der sein Existenzminimum von Fr. 7'651.-- bzw. ab 1. Mai 2013 Fr. 5'401.-- übersteigende Lohn als gepfändet.

5./5.1 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das Betreibungsamt die gepfändeten Aktienzertifikate der X. AG und der Y. AG nicht ordnungsgemäss geschätzt hat und die Berechnung des Existenzminimums im Rahmen der Einkommenspfändung fehlerhaft war. Das Betreibungsamt hat die Schätzung der gepfändeten Aktien nachzuholen. Die Pfändungsurkunde vom 5. Dezember 2012 ist entsprechend zu ergänzen. Was die Einkommenspfändung betrifft, gilt neu der das Existenzminimum des Beschwerdeführers von Fr. 7'651.-- bzw. ab 1. Mai 2013 Fr. 5'401.-- übersteigende Lohn als gepfändet. Im Ergebnis obsiegt der Beschwerdeführer sowohl mit seinem Antrag bezüglich Schätzung der Aktien als auch hinsichtlich der Bemessung seines Existenzminimums. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen.

5.2 Dem Antrag des Betreibungsamtes, den Beschwerdeführer zu einem Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.-- zu verpflichten, kann sodann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer kann nicht verpflichtet werden, für die vom Betreibungsamt vorzunehmende Schätzung einen Kostenvorschuss zu leisten. Die ordnungsgemässe Durchführung des Pfändungsverfahrens kann nicht von der Bezahlung eines Kostenvorschusses durch den Schuldner abhängig gemacht werden. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von denjenigen, in welchen eine Neuschätzung, insbesondere unter Beizug eines Sachverständigen, verlangt wird. Für das Gutachten eines Sachverständigen könnte das Betreibungsamt allenfalls einen Kostenvorschuss verlangen (vgl. Staehlein/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 18 zu Art. 97; Urteil des Bundesgerichts 7B.180/2002 vom 7. November 2002). Das Betreibungsamt wird vorliegend jedoch nicht verpflichtet, für die Schätzung einen Sachverständigen beizuziehen, sondern lediglich, überhaupt eine Schätzung vorzunehmen.

**Art. 278 Abs. 4 SchKG und Art. 325 Abs. 2 ZPO**  
**Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch den Richter ist im Arresteinsprache- und Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (E. 2).**

**Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG**  
**Gelingt es der Arrestgläubigerin nicht, im Arresteinspracheverfahren glaubhaft zu machen, dass der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls Eigentum des Arrestschuldners war, so wurde der Arrestbefehl zu Recht aufgehoben (E. 3).**

Entscheid des Obergerichts vom 7. November 2012

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG kann gegen Arresteinspracheentscheide Beschwerde gemäss ZPO geführt werden. Dabei können auch neue Tatsachen geltend gemacht werden. Gemäss Art. 320 ZPO können mit der Beschwerde unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.

Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N. 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mangelhaft ist. Was nicht gerügt wird, erfährt keine Überprüfung durch das Gericht und bleibt unangefochten bestehen.

2./2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO.

Gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG hemmen Einsprache und Beschwerde die Wirkungen des Arrests nicht. Der vom Gericht bewilligte Arrest bleibt bestehen (Hans Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basel 2010, N. 50 zu Art. 278 SchKG). Dies gilt bis zur rechtskräftigen Erledigung des Arrestverfahrens (Yvonne Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, 145). Gemäss der Literatur ist davon auszugehen, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO durch den Richter durch Art. 278 Abs. 4 SchKG ausgeschlossen wird (Reiser, a.a.O., N. 41 zu Art. 278).

2.2 Die Argumentation der Beschwerdegegner, Art. 325 ZPO gehe als neuere Norm vor, vermag nicht zu überzeugen. Art. 278 SchKG wurde im Hinblick auf das Inkrafttreten der ZPO überarbeitet. Wäre der Gesetzgeber mit den Beschwerdegegnern davon ausgegangen, dass Art. 278 Abs. 4 SchKG mit der Vereinheitlichung des Prozessrechts jegliche Daseinsberechtigung verloren hätte, wäre dieser Absatz aufgehoben worden. Da dies nicht geschehen ist, ist davon auszugehen,

dass der Gesetzgeber Art. 278 Abs. 4 SchKG als einschlägige Norm erachtete. Dieser geht daher der ZPO als *lex specialis* vor.

Da der Arrest gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG trotz Einsprache und Beschwerde bestehen bleibt, erübrigt sich die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Durch den heutigen Entscheid wird der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Übrigen ohnehin gegenstandslos.

3./3.1 Der Arrestbefehl wurde gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erlassen. Gemäss dieser Bestimmung kann der Gläubiger für eine nicht pfandgedeckte Forderung Vermögensstücke des Schuldners, welche sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn der Schuldner in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseiteschafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft.

Zur Bewilligung des Arrests bedarf es der Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen nach Art. 272 Abs. 1 SchKG durch den Gläubiger. Der Arrestgrund ist im Sinne von Art. 272 Abs. 1 SchKG glaubhaft gemacht, wenn der Richter ihn aufgrund einer plausiblen Darlegung des Gläubigers für wahrscheinlich hält. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist erbracht, wenn der Richter aufgrund der ihm vorgelegten Elemente den Eindruck gewinnt, dass der behauptete Sachverhalt wirklich vorliegt, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte. Für die Arrestbewilligung ist keine erhöhte Wahrscheinlichkeit erforderlich. Glaubhaft machen bedeutet auch hier weniger als beweisen, aber doch mehr als blosses Behaupten. Die Sachverhaltsdarlegung erscheint dann als wahrscheinlich, wenn die Vorbringen des Gläubigers plausibel und schlüssig sind und dafür auch bestimmte objektive Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Walter A. Stoffel, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Basel 2010, N. 4 ff. zu Art. 272 SchKG; vgl. OGKE R 06/006 vom 26. April 2007 i.S. E.B., E. 3a). Das Beweismass der Glaubhaftmachung findet seine Rechtfertigung im Zweck des Arrests. Der Arrest zielt darauf ab, den Erfolg einer schon eingeleiteten oder erst noch bevorstehenden Vollstreckung durch Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners zu sichern. Der Arrest hat reine Sicherungsfunktion und ist bloss vorsorgliche Massnahme (Urteil des Bundesgerichts 5A\_306/2010 vom 9. August 2010, E. 4.1, mit Hinweisen).

3.2/3.2.1 Der Kantonsgerichtspräsident II hat in seinem Entscheid festgehalten, es liege eine genügende Arrestforderung vor. Zwischen den Parteien liege ein mittlerweile gekündigter Mietvertrag vor; es seien Mietzinszahlungen ausgeblieben, was von den Beschwerdegegnern auch nicht bestritten werde. Im Zeitpunkt des Arrestbefehls seien unbestrittenermassen Fr. 10'400.-- an Mietzinszahlungen offen gewesen. Am 20. September, und damit nach Erlass des Arrestbefehls, seien dem Konto der Beschwerdeführerin Fr. 5'200.-- gutgeschrieben worden, womit immer noch eine Forderung von Fr. 5'200.-- bestehe.

Die Beschwerdegegner gehen davon aus, dass die Forderung erfüllt sei, da eine Sicherheitsleistung über Fr. 5'200.-- zugunsten der Beschwerdeführerin auf einem Bankkonto deponiert worden sei.

3.2.2 Hierzu ist in Übereinstimmung mit dem Kantonsgerichtspräsidenten II festzuhalten, dass das sogenannte Mietzinsdepot gemäss Art. 257e OR im Namen des Mieters bei einer Bank hinterlegt werden muss. Die Sicherheitsleistung bleibt somit im Eigentum des Mieters; daher kann dieser ausstehende Mietzinsschulden nicht mit der Sicherheitsleistung verrechnen, da eine Verrechnung mit eigenen Guthaben ausgeschlossen ist. Dem Mieter ist es somit verwehrt, sich der Zahlung der Mietzinse für die letzten Monate dadurch zu entziehen, dass er den Vermieter auf das bei der Bank liegende Guthaben verweist (SVIT-Kommentar, Zürich 2008, N. 18 zu Art. 257e OR).

3.2.3 Da die Beschwerdegegner die ausstehenden Mietzinse wie dargelegt nicht mit der geleisteten Sicherheitsleistung verrechnen können, und sie auch keine sonstige Tilgung, Stundung oder Verrechnung der Forderung geltend machen, hat die Beschwerdeführerin den Bestand der Arrestforderung glaubhaft gemacht.

3.3/3.3.1 Als Arrestgrund macht die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner 2 sei nicht erreichbar und gemäss Angaben des Betreibungsamtes Obwalden seit Oktober 2011 unbekannt verzogen. Weder telefonisch noch brieflich oder per E-Mail könne er erreicht werden. Somit sei der Arrestgrund der Flucht gegeben.

Die Einsprachegegner halten fest, bei einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft könne begriffslogisch nicht von einer Flucht ausgegangen werden. Der Beschwerdeführerin sei zudem auch bekannt gewesen, dass der Beschwerdegegner 2 per 1. Oktober 2012 umziehe. Ob der Beschwerdegegner 2 erreichbar sei, sei zudem irrelevant, da er nicht Schuldner der geltend gemachten Forderung und damit auch nicht passivlegitimiert sei.

Der Kantonsgerichtspräsident II hält in seinem Entscheid fest, juristische Personen, welche im Handelsregister eingetragen sind, hätten ihren Betreibungsstand am eingetragenen Sitz. Gemäss Handelsregistrauszug befinde sich der Sitz der Beschwerdegegnerin 1 immer noch in Alpnach Dorf. Der geltend gemachte Arrestgrund sei daher nicht gegeben. Da das Arrestbegehren nur gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 gestellt worden sei, sei der geltend gemachte Arrestgrund gegenüber dem Beschwerdegegner 2 nicht zu prüfen. Da die Beschwerdegegner jedoch von den Mietzinsausständen gewusst hätten und mit der Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten durch die Beschwerdeführerin rechnen mussten, sei der Verkauf des Bentleys ein Indiz dafür, dass die Beschwerdegegner Vermögensgegenstände beiseiteschaffen und sich damit der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten entziehen wollten.

3.3.2 Dem Kantonsgerichtspräsidenten II und den Beschwerdegegnern ist zuzustimmen, dass sich eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft nicht auf der Flucht befinden kann. Auch dass die Beschwerdegegnerin 1 ihren Sitz theoretisch innert kürzester Zeit verlegen könnte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, führt nicht dazu, dass sie danach unauffindbar wäre; über den Handelsregistereintrag könnte sie problemlos ausfindig gemacht werden.

Arrestschuldnerin ist, wie der Kantonsgerichtspräsident II richtig festgehalten hat, lediglich die Beschwerdegegnerin 1, nicht jedoch der Beschwerdegegner 2. Ob

sich bei diesem der Arrestgrund der Flucht oder des Anstaltens dazu treffen erfüllt hat, ist somit nicht zu prüfen.

3.3.3 Der Kantonsgerichtspräsident II hat jedoch den Arrestgrund des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bejaht. Hierzu ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegner den in Frage stehenden Bentley im angeblichen Wert von über Fr. 400'000.-- erst am 17. September 2012, und damit relativ kurze Zeit nach Einleitung des Betreibungsverfahrens, verkauft haben. Ob der Kaufvertrag, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, lediglich fingiert ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht vertieft zu prüfen.

Es ist dem Kantonsgerichtspräsidenten II dahingehend zu folgen, dass der Verkauf eines unbestrittenen wertvollen Wagens kurz nach Einleitung eines Betreibungsverfahrens geeignet ist, den Anschein zu erwecken, die Beschwerdegegner wollten sich der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten entziehen. Wie unter der nachfolgenden Erwägung 3.4 festgehalten wird, bestehen jedoch keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kaufvertrag lediglich fingiert ist. Ob die Vorinstanz trotz Vorliegens eines rechtsgültigen Kaufvertrages zu Recht auf ein Beiseiteschaffen von Vermögenswerten geschlossen hat, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da der Bentley wie unter E. 3.4 dargelegt ohnehin nicht als Arrestgegenstand in Betracht fällt.

3.4/3.4.1 Als Arrestgegenstand benennt die Beschwerdeführerin den Bentley Continental. Dieser stehe im Eigentum der Beschwerdegegnerin 1. Die Beschwerdegegner machen geltend, der Bentley sei nie Eigentum der Beschwerdegegnerin 1 gewesen, sondern Eigentum des Beschwerdegegners 2; zudem sei der Bentley am 17. September 2012 verkauft worden, damit habe er zum Erlasszeitpunkt des Arrestbefehls auch nicht mehr dem Beschwerdegegner 2 gehört.

Im angefochtenen Entscheid hält der Kantonsgerichtspräsident II fest, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei nicht davon auszugehen, dass der vorgelegte Kaufvertrag fingiert sei. Da der Bentley daher zum Zeitpunkt des Arrestbefehls nicht mehr Eigentum der Beschwerdegegner gewesen sei, entfalle der Arrestgegenstand.

3.4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werde im Einspracheverfahren nicht über die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse entschieden, dies habe im Widerspruchsverfahren zu geschehen. Im Einspracheverfahren habe die Gläubigerin lediglich das Vorhandensein von Vermögensgegenständen, welche im Eigentum der Schuldnerin stehen, glaubhaft zu machen, was sie vorliegend auch getan habe.

Die Beschwerdegegner gehen in ihrer Stellungnahme davon aus, dass diese Rechtsprechung ein einmaliger "Ausrutscher" gewesen sei und das Bundesgericht ansonsten konstant entschieden habe, dass auch fremdes Eigentum am Arrestgegenstand im Einspracheverfahren geltend gemacht werden könne.

3.4.3 Gemäss Urteil des Bundesgerichts 5A\_697/2010 vom 11. November 2010 (E. 3) kann jeder, der in seinen Rechten betroffen ist, beim Arrestrichter gegen die Anordnung eines Arrestes Einsprache erheben (Art. 278 Abs. 1 SchKG). Prozess-

gegenstand des Arresteinspracheverfahrens sind, nebst den üblichen Eintretensvoraussetzungen, die Arrestvoraussetzungen nach Art. 272 SchKG. Der Einsprecher kann nur rügen, der Arrestgläubiger habe nicht glaubhaft gemacht, dass die behauptete Forderung besteht (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), dass ein Arrestgrund vorliegt (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) oder dass Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Bestreitet der Schuldner, Eigentümer mit Arrestbeschluss versehener Vermögensgegenstände zu sein, so erfolgt die Abklärung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse im Widerspruchsverfahren (Art. 275 i.V.m. Art. 106–109 SchKG; s. auch Urteile 5A\_697/2008 vom 6. Mai 2009 E. 2.3 und 7B.207/2005 vom 29. November 2005 E. 2.3.4). Dieselben Grundsätze gelten sinngemäss für das Weiterziehungsverfahren im Sinne von Art. 278 Abs. 3 SchKG.

In BGE 136 III 379 wird hingegen festgehalten, dass nach der Rechtsprechung sämtliche Rügen, welche die materiellen Voraussetzungen des Arrestes zum Gegenstand haben, namentlich solche, die das Eigentum oder die Inhaberschaft an den zu arrestierenden Gegenständen oder mit denen Rechtsmissbrauch geltend gemacht wird, in die Zuständigkeit des Einspracherichters gemäss Art. 278 SchKG fallen (vgl. auch BGE 129 III 203, E. 2.2 und 2.3, 206 f.). Im Verfahren der Einsprache gegen den Arrestbefehl und im Beschwerdeverfahren wird zwar nicht über die rechtliche Zugehörigkeit der Arrestobjekte zum Schuldnervermögen entschieden, jedoch geprüft, ob der Arrestrichter das Vorhandensein von Vermögensgegenständen, die dem Arrestschuldner gehören, als glaubhaft gemacht erachten darf (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; Urteil des Bundesgerichts 5A\_225/2009 E. 4.1).

In der Literatur wird ein Bestreiten des Eigentums im Einspracheverfahren nicht ausgeschlossen. *Artho von Gunten* zählt das Bestreiten der rechtlichen Zugehörigkeit des Arrestobjektes zum schuldnerischen Vermögen ausdrücklich auf (a.a.O., 129); ebenso *Reiser* (a.a.O., N. 11 zu Art. 278).

3.4.4 Dass der verarrestierte Bentley zumindest bis zum 17. September 2012, 17.30 Uhr, im (Mit-)Eigentum der Beschwerdegegnerin I stand, wird durch die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege sowie den von den Beschwerdegegnern eingereichten Kaufvertrag, in dem beide Beschwerdegegner als Verkäufer bezeichnet werden, glaubhaft gemacht.

3.4.5 Es ist jedoch festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Beschwerdegegner nicht nur bestreiten, Eigentümer des Bentleys zu sein, sondern den Verkauf des Wagens mit einem Kaufvertrag sowie einem Schreiben des Rechtsanwalts des Käufers belegen. Gemäss Kaufvertrag wurden Fahrzeugpapiere, Autoschlüssel sowie der Schlüssel / die Fernbedienung zur Tiefgarage am 17. September 2012 dem Käufer übergeben; der Besitz wurde daher übertragen (Art. 714 ZGB; vgl. Arthur Homberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1938, N. 6 zu Art. 922 ZGB). Wie der Kantonsgerichtspräsident II in seinem Entscheid richtig festhält, lässt sich daraus, dass der Kaufvertrag aus dem Internet heruntergeladen und handschriftlich ausgefüllt wurde, nicht schliessen, dass er lediglich fingiert wurde. Auch der überaus hohe Kaufpreis vermag den Kaufvertrag nicht ungültig erscheinen zu lassen; die Preisgestaltung obliegt allein den Vertragsparteien. Daher misslingt es der Beschwerdeführerin, glaubhaft zu machen, dass der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls im Vermögen der

Beschwerdegegner stand; das Eigentum der Beschwerdegegner zu diesem Zeitpunkt wird mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin lediglich behauptet.

4./4.1 Da es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass sich der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls Eigentum der Beschwerdegegnerin I war, fehlt es an einer Arrestvoraussetzung. Somit wurde der Arrestbefehl zu Recht aufgehoben; der Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten II widerspricht nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Beschwerde wird daher abgewiesen.

15

### **Art. 17 SchKG**

**Beschwerde gegen die Liquidatorin im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung. Örtliche und sachliche Zuständigkeit (E. 1). Beschwerdelegitimation eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses hinsichtlich Verteilungsliste mit Schlussrechnung, Angebot zur Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen der Masse und Schlussbericht (E. 3–5).**

### **Art. 325, Art. 326 und Art. 328 SchKG**

**Kein Formularzwang für Verteilungsliste und Schlussrechnung. Infolge Mängeln sind diese aber aufzuheben und die Sache zur weiteren Bearbeitung an die Liquidatorin zurückzuweisen (E. 6). Publikation dieser Anordnung im SHAB (E. 7). Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen des Gläubigerausschusses? (teilweise Entgegennahme der entsprechenden Anträge als Aufsichtsbeschwerde; Prüfung der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses auf dem Zirkularweg; Stimmrecht juristischer Personen; Bedeutung von Interessenkollisionen; E. 8–10). Voraussetzungen der Abberufung der Liquidatorin (E. 11). Anweisungen an die Liquidatorin zur Korrektur der Liquidationsabrechnung? (E. 12).**

Entscheid des Obergerichts vom 16. Mai 2013

Aus den Erwägungen:

#### I. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts

1./1.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Liquidatorin in einem Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung. Bei der Liquidatorin handelt es sich um ein atypisches Organ des Betreibungs- und Konkurswesens (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, § 4 N. 79; Cometta/Möckli, in: Basler Kommentar SchKG I, Basel 2010, N. 16 zu Art. 17 SchKG). Selbst wenn es sich bei der Liquidatorin – wie im vorliegenden Fall – um eine Person des Privatrechts handelt, erfüllt sie eine öffentliche Aufgabe (BGE 114 III 120 f.) und untersteht der Aufsicht der kantonalen Aufsichtsbehörde (Markus Dieth, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff.

SchKG, Zürich 1999, 19; Frank Emmel, in: Basler Kommentar SchKG I, Basel 2010, N. 3 zu Art. 13 SchKG; Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel 2000, N. 25 zu Art. 13 SchKG). Gegen Verfügungen von Liquidatoren kann unter Umständen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG geführt werden. Welche Aufsichtsbehörde örtlich zuständig ist, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

1.2 In der Lehre ist diese Frage umstritten. LORANDI ist der Ansicht, die Aufsichtsbehörde am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners sei zuständig, wenn sich die Beschwerde gegen ein atypisches Organ des Betreibungs- und Konkurswesens richte (a.a.O., N. 283 zu Art. 17 SchKG). MEIER vertritt hingegen die Meinung, es sei die Aufsichtsbehörde jenes Gerichtskreises zuständig, in dem die Behörde, die den angefochtenen Entscheid gefällt habe, ihren Sitz habe (Isaak Meier, *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden*, Zürich 2002, 102). Es handelt sich bei der Liquidatorin um ein ausserhalb der ordentlichen Behördenorganisation stehendes Verwaltungsorgan. Es liegt daher nahe, sie der Behördenorganisation jenes Gemeinwesens anzugliedern, dessen Aufgaben sie erfüllt bzw. von dem sie mit der Aufgabenerfüllung betraut wurde. Sie untersteht demnach der Aufsicht der Aufsichtsbehörde jenes Gerichtskreises, dessen Behördenorganisation sie angegliedert ist. Jene Behörde ist somit für die Behandlung von Beschwerden nach Art. 17 ff. SchKG gegen die Liquidatorin örtlich zuständig.

1.3 Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdegegnerin mit der Liquidation einer im Kanton Obwalden ansässigen Schuldnerin beauftragt. Sie ist daher den Organen des Betreibungs- und Konkurswesens des Kantons Obwalden anzugliedern und untersteht der Aufsichtsbehörde des Kantons Obwalden. Kantonale Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkurswesen ist das Obergericht (Art. 76 Abs. 1 GOG). Das angerufene Gericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig. ...

### III. Verteilungsliste mit Schlussrechnung, Angebot zur Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen der Masse und Schlussbericht

3./3.1/3.1.1 Mittels Beschwerde können Verfügungen der Betreibungsorgane angefochten werden (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Darunter sind individuell-konkrete Handlungen in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen, welche das Verfahren vorantreiben, nach aussen in Erscheinung treten und von einem Betreibungsorgan kraft seiner Amtsgewalt erlassen wurden (BGE 129 III 400, E. 1.1; 128 III 156, E. 1a; 116 III 91, E. 1; 85 III 90, E. 2). Mit anderen Worten handelt es sich um Vorkehren, welche die Weiterführung oder den Abschluss des Verfahrens bewirken und nach aussen bestimmte Folgen nach sich ziehen (Dieth, a.a.O., 33). Das Betreibungsverfahren vorantreibende Vollstreckungshandlungen sind individuell-konkrete Rechtsakte, die in das Vollstreckungsverfahren eingreifen, indem sie das Vollstreckungsverfahren vorantreiben oder stoppen (BGE 116 III 91, E. 1) und damit die Rechtsstellung der am Verfahren beteiligten Personen beeinträchtigen (BGE 96 III 35, E. 2c mit Hinweisen). Hält das Betreibungsorgan lediglich den Stand des Betreibungsverfahrens fest, liegt mangels Wirkung auf das Betreibungsverfahren keine Verfügung vor (Lorandi, a.a.O., N. 53 f. zu Art. 17 SchKG).

3.1.2 Der Beschwerdeführer ficht unter anderem den Schlussbericht an. Mit dem Schlussbericht erstatten die Liquidatoren dem Nachlassrichter Rechenschaft über ihre Tätigkeit und halten den Status des Nachlassverfahrens fest (Art. 330 Abs. 2 SchKG). Der Schlussbericht führt wohl das Nachlassverfahren weiter, indem er es abschliesst (vgl. Art. 330 Abs. 1 SchKG), hat aber grundsätzlich keine Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren, da er lediglich den Stand des Verfahrens festhält. Eine Ausnahme besteht, wenn nicht ausgeführte Handlungen im Schlussbericht als ausgeführt bezeichnet werden. In diesem Fall greift der Schlussbericht in das Vollstreckungsverfahren ein, da das Verfahren abgeschlossen wird, obwohl die entsprechenden Handlungen noch nicht ausgeführt sind. Nur in diesem Ausnahmefall kann der Schlussbericht angefochten werden (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, in: Basler Kommentar SchKG II, Basel 2010, N. 23 zu Art. 330 SchKG). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, im Schlussbericht als ausgeführt bezeichnete Handlungen seien nicht ausgeführt worden. Nach dem Gesagten ist in diesem Punkt auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3.1.3 Im Weiteren beanstandet der Beschwerdeführer das Angebot zur Abtretung der Ansprüche der Masse gegen die V. AG, die Gemeinde E., die Mitglieder des Verwaltungsrates der Nachlassschuldnerin und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin. Mit Schreiben vom 26. April 2012 teilte die Beschwerdegegnerin den Gläubigern mit, dass der Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung der entsprechenden Ansprüche der Liquidationsmasse verzichte und die Geltendmachung dieser Ansprüche den Gläubigern zur Abtretung anbiete. Mit dem Angebot zur Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen wird den Gläubigern die Möglichkeit eröffnet, die Abtretung von Ansprüchen der Masse zu verlangen. Das blosses Angebot der Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen der Liquidationsmasse ist keine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG, da es keine Weiterführung des Vollstreckungsverfahrens bedeutet. Vielmehr wird den Gläubigern lediglich mitgeteilt, dass sie die Abtretung verlangen können. Im Weiteren greift ein allenfalls fehlerhaftes Angebot auch nicht in die Rechtsstellung der Gläubiger ein, kann der interessierte Gläubiger die Abtretung der Geltendmachung eines Anspruches doch auch verlangen, wenn ihm kein förmliches Abtretungsangebot unterbreitet wurde (vgl. Art. 260 Abs. 1 i.V.m. Art. 325 SchKG). Das Angebot zur Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen der Masse ist somit keine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG. Soweit der Beschwerdeführer demnach das mit Schreiben vom 26. April 2012 mitgeteilte Abtretungsangebot anfecht, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten. Soweit sich die Beschwerde hingegen gegen den Beschluss über den Verzicht der Geltendmachung der Ansprüche der Liquidationsmasse richtet, wird darauf zurückzukommen sein (vgl. E. 8–10).

3.2/3.2.1 Die Verteilungsliste kann während der Auflagefrist bei der Aufsichtsbehörde mittels Beschwerde angefochten werden (Art. 326 Satz 2 SchKG). Zur Beschwerde legitimiert ist, wer in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat (BGE 129 III 595, E. 3; 120 III 42, E. 3). Der Beschwerdeführer führt in seiner Eigenschaft als Mitglied des Gläubigerausschusses Beschwerde.

3.2.2 Mit Schreiben vom 14. November 2012 teilte der Beschwerdeführer dem Obergerichtspräsidenten mit, sein Mandat im Gläubigerausschuss sei von Gesetzes

wegen beendet worden. Das Mandat im Gläubigerausschuss endet grundsätzlich mit dem Abschluss des Nachlassverfahrens. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Gläubigerausschuss zur Wahrung der Interessen der Gläubiger im Nachlassverfahren bestellt ist (Art. 317 Abs. 2 SchKG). Die vorzeitige Beendigung des Gläubigerausschussmandates ist im Gesetz nicht geregelt. In Frage kommt namentlich der Rücktritt oder die Abberufung durch die Aufsichtsbehörde. Ohne Zutun des betreffenden Mitgliedes oder der Aufsichtsbehörde kann das Mandat im Gläubigerausschuss enden, wenn die Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind (Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich 2003, N. 353). Der Beschwerdeführer führt aus, nicht den Rücktritt aus dem Gläubigerausschuss erklärt zu haben. Dass er von der Aufsichtsbehörde als Mitglied des Gläubigerausschusses abgesetzt worden wäre, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Es ist daher zu prüfen, ob die Wählbarkeitsvoraussetzungen weiterhin erfüllt sind.

3.2.3 In den Gläubigerausschuss wählbar ist insbesondere, wer Gläubiger oder Vertreter eines Gläubigers der Nachlassschuldnerin ist. Ob der Verlust der Gläubiger- oder Gläubigervertretereienschaft ohne weiteres Zutun die Beendigung des Mandates im Gläubigerausschuss bedeutet, ist umstritten (Nachweise bei Sprecher, a.a.O., N. 233 ff.). Wie es sich hiermit verhält, ist vorliegend nicht zu prüfen, da der Beschwerdeführer die Gläubigereigenschaft nicht verloren hat. Aus dem Nachlassvertrag ergibt sich, dass der Beschwerdeführer für sich, die A. AG in Liquidation, die R. AG und die I. AG in den Gläubigerausschuss gewählt wurde. Dem Kollokationsplan ist zu entnehmen, dass neben den vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaften die Gläubiger "U. + G." mit Forderungen im Nachlassverfahren zugelassen worden sind. Der Beschwerdeführer ist demnach in eigener Person Gläubiger der Nachlassschuldnerin und erfüllt somit diese Wählbarkeitsvoraussetzung. Es ist davon auszugehen, dass er weiterhin Mitglied des Gläubigerausschusses im Nachlassverfahren der T. AG ist.

3.3/3.3.1 Inwiefern einzelne Mitglieder des Gläubigerausschusses legitimiert sind, Beschwerde gegen Anordnungen der Liquidatoren zu führen, ist unklar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein einzelnes Mitglied des Gläubigerausschusses gegen Verfügungen der Konkursverwaltung Beschwerde führen, wenn diese über seinen Kopf hinweg einen Mehrheitsbeschluss des Gläubigerausschusses herbeigeführt hat, ohne dass dem Mitglied, das gegen den entsprechenden Antrag opponiert hat, Gelegenheit eingeräumt wurde, seine Einwendungen vorzubringen und auf die Beschlussfassung des Gläubigerausschusses einzuwirken (BGE 51 III 163). LORANDI ist der Ansicht, den einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses komme in Bezug auf Verfügungen der Liquidatoren Beschwerdelegitimation zu, sofern es um Entscheide gehe, die in den Kompetenzbereich des Ausschusses fallen. Die Beschwerdelegitimation sei hingegen zu verneinen, wenn der Gläubigerausschuss einen Beschluss gefasst habe, bei dem das einzelne Mitglied unterlegen sei. Dem Gläubigerausschuss als solchem fehle die Parteifähigkeit, weshalb sich die Frage seiner Beschwerdelegitimation nicht stelle (a.a.O., N. 188 zu Art. 17 SchKG). SPRECHER vertritt die Meinung, der Gläubigerausschuss sei gegen Verfügungen der Liquidatoren beschwerdelegitimiert, soweit er diese nicht schon selber aufheben könne und soweit er an ihnen nicht mitgewirkt habe. Das einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses sei zur Beschwerde gegen Verfügungen der Liquidatoren legitimiert, wenn es persönlich von der angefochte-

nen Verfügung betroffen sei. Beschlüsse des Gläubigerausschusses könne das einzelne Mitglied anfechten, wenn diese unter Verletzung seiner Rechte zustande gekommen seien (a.a.O., N. 1055 f.).

3.3.2 Der Gläubigerausschuss ist in erster Linie ein Aufsichtsorgan (Jäger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Zürich 1997/2001, N. 10 zu Art. 320 SchKG). Er beaufsichtigt und kontrolliert die Liquidatoren bei der Verwaltung und Verwertung des Liquidationsvermögens (Art. 320 Abs. 1 SchKG), bestimmt die Grundzüge der Vermögensverwertung und erteilt den Liquidatoren im Rahmen seiner Kompetenzen Weisungen (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 9 zu Art. 320 SchKG). Es wäre daher denkbar, dass der Gläubigerausschuss im Rahmen seiner Aufsichts- und Kontrollfunktion legitimiert ist, bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde gegen Verfügungen der Liquidatoren zu führen. Dem einzelnen Mitglied des Gläubigerausschusses kommt demgegenüber keine Aufsichts- und Kontrollkompetenz zu. Vielmehr liegen diese Kompetenzen beim Gläubigerausschuss als Kollektiv (BGE 119 III 118, E. 1b; Amonn/Walther, a.a.O., § 45 N. 18; Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 6 zu Art. 320 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 655). Individuelles Handeln der Mitglieder des Gläubigerausschusses ist ausgeschlossen (BGE 119 III 118, E. 1b). Das einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses kann daher im Rahmen der Aufsichts- und Kontrolltätigkeit des Gläubigerausschusses nicht legitimiert sein, gegen Verfügungen der Liquidatoren Beschwerde zu führen. Dies bedeutet nicht, dass den einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses der Beschwerdeweg versperrt wäre. Vielmehr sind sie legitimiert, Beschlüsse anzufechten, die unter Verletzung ihrer Rechte zustande gekommen sind. Die Beschwerde richtet sich in diesem Fall jedoch nicht gegen die Liquidatoren, sondern gegen den Gläubigerausschuss. Verfügungen der Liquidatoren können die einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses bei der Aufsichtsbehörde anfechten, wenn sie persönlich zur Beschwerde legitimiert sind. Grundsätzlich ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert sind Mitglieder des Gläubigerausschusses, wenn sie zugleich Gläubiger der Nachlassschuldnerin sind (vgl. BGE 135 I 187, E. 1.3; 129 III 595, E. 3.2; 43 III 18, 20 f.; Amonn/Walther, a.a.O., § 6 N. 27; Cometta/Möckli, a.a.O., N. 41 zu Art. 17 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 1053). Die Gläubiger sind so lange zur Beschwerde legitimiert, als sie ihre Forderungen angemeldet haben oder diese von Amtes wegen zu berücksichtigen sind und die Forderungen nicht rechtskräftig abgewiesen wurden (BGE 90 III 86, E. 1). Fehlt es an der Beschwerdelegitimation, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (Amonn/Walther, a.a.O., § 6 N. 24; Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 81; Cometta/Möckli, a.a.O., N. 37 zu Art. 17 SchKG; Lorandi, a.a.O., N. 17 zu Art. 17 SchKG).

3.4/3.4.1 Nach dem Gesagten ergibt sich aus dem Kollokationsplan, dass der Beschwerdeführer gemeinsam mit G. mit einer Forderung im Nachlassverfahren zugelassen wurde (vgl. E. 3.2.3). Er ist somit von der Verteilungsliste betroffen. Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer zugleich ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

3.4.2 Im Stadium der Verteilung kann in der Regel nur noch überprüft werden, ob die Verteilungsliste dem Kollokationsplan entspricht (BGE 105 III 155, E. 2; Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 19 zu Art. 326 SchKG; Jäger/

Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 26 zu Art. 326 SchKG). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die Verteilungsliste stimme nicht mit den kollozierten Forderungen überein. Vielmehr beantragt er, die der Grundstückskäuferin übertragene Barkaution in noch unbekannter Höhe sei vom Verkaufserlös abzuziehen und in die allgemeine Masse einzustellen. Sollte die Barkaution vom Erlös aus dem Grundstücksverkauf abgezogen werden, könnte dies dazu führen, dass die grundpfandgesicherten Forderungen nicht mehr vollständig aus dem Verkaufserlös gedeckt und die pfandgesicherten Gläubiger mit ihrer Ausfallforderung in die Verteilungsliste verwiesen wären (vgl. Art. 327 Abs. 2 SchKG). Auf der anderen Seite könnte die Einstellung der Barkaution in die Verteilungsliste dazu führen, dass den nicht grundpfandgesicherten Gläubigern der dritten Klasse eine höhere Liquidationsmasse zur Verfügung stünde, d.h. sich ihre Nachlassdividende erhöhen könnte. Ob dieses Vorgehen im derzeitigen Verfahrensstand noch zulässig ist, ist unter der Frage der Beschwerdelegitimation nicht zu prüfen (vgl. aber E. 12). Der Beschwerdeführer hat somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verteilungsliste, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist. ...

4./4.1 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, der Beschwerdeführer habe der Verwertung der Grundstücke Nr. X und Y zugestimmt und sei nicht Adressat der Verfügung. Hierbei verkennt sie, dass der Beschwerdeführer nicht die Verwertung, sondern namentlich die Verteilungsliste mit Schlussrechnung anfecht. Aus den Akten ergibt sich nicht, dass der Beschwerdeführer diesen Gegenständen zugestimmt hätte. Vielmehr lässt sich diesen entnehmen, dass der Beschwerdeführer die Durchführung einer Sitzung des Gläubigerausschusses verlangte, nachdem die Beschwerdegegnerin dem Gläubigerausschuss mit E-Mail vom 9. März 2012 unter anderem die Genehmigung der Verteilungsliste mit Schlussrechnung unterbreitet hatte. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Verteilungsliste mit Schlussrechnung nicht genehmigte, hätte er doch andernfalls keine weitere Sitzung des Gläubigerausschusses verlangt. Im Weiteren ist der Beschwerdeführer als Gläubiger offensichtlich Adressat der Verteilungsliste mit Schlussrechnung. Dieser Ansicht ist selbst die Beschwerdegegnerin, stellte sie doch dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 26. April 2012 die Verteilungsliste mit Schlussrechnung und den Schlussbericht zu und unterbreitete sie ihm im gleichen Schreiben ein Angebot zur Abtretung von Ansprüchen der Masse. Das Vorbringen der Beschwerdegegnerin ist somit unbegründet.

4.2 Im Weiteren macht die Beschwerdegegnerin geltend, soweit der Beschwerdeführer den Kaufvertrag vom 26. Februar 2011 zwischen der Nachlassschuldnerin und der V. AG anfechte, sei seine Beschwerde verspätet. Auch dieses Vorbringen ist unbegründet. Der Beschwerdeführer ficht nicht den Grundstücksverkauf, sondern insbesondere die Verteilungsliste mit Schlussrechnung vom 8. März 2012 an. Die Verteilungsliste mit Schlussrechnung wurde den Gläubigern am 27. April 2012 während zehn Tagen zur Einsicht aufgelegt. Während der Auflagefrist kann die Verteilungsliste mittels Beschwerde angefochten werden (Art. 326 SchKG). Die mit Eingabe vom 7. Mai 2012 erklärte Beschwerde erfolgte somit fristgerecht.

5./5.1 Zusammenfassend ist auf die Beschwerde insofern einzutreten, als der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verteilungsliste beantragt. Soweit er das Angebot zur Abtretung der Geltendmachung der Ansprüche der Masse gegen die V. AG, die Gemeinde E., die Mitglieder des Verwaltungsrates der Nachlass-

schuldnerin und der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin sowie den Schlussbericht anfecht, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten.

5.2/5.2.1 Im Entscheid vom 27. Mai 2003 (AbR 2002/03 Nr. 18) hatte die Obergerichtskommission festgehalten, die Beschwerde werde gewissermassen "automatisch" in eine Aufsichtsbeschwerde umgewandelt, wenn sich herausstelle, dass die Voraussetzungen der Beschwerde nicht gegeben seien (E. 2a). Diese Rechtsprechung ist zu präzisieren. Die Aufsichtsbehörde hat von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie von vorschriftswidrigen oder unangemessenen Entscheiden der ihr unterstellten Organe erfährt. Dieser Grundsatz findet aber seine Grenze im sachlichen Anwendungsbereich des Aufsichtsrechts, insbesondere im Bereich der Beschwerdeführung. Die Aufsichtsbehörde ist somit nicht befugt, anfechtbare aber nicht nichtige Verfügungen von Amtes wegen aufzuheben (Lorandi, a.a.O., N. 32 ff. zu Art. 13 SchKG). Eine Beschwerde, auf die nicht eingetreten werden kann, kann demnach nur dann als Aufsichtsbeschwerde entgegengenommen werden, wenn die Aufsichtsbehörde von Gesetzes wegen verpflichtet ist, von Amtes wegen tätig zu werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie die Nichtigkeit einer Verfügung eines Betreibungsorgans festzustellen hat (vgl. Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Würde anders entschieden, könnten die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG – insbesondere die Beschwerdefristen – durch die Hintertür unterlaufen werden.

5.2.2 Die Nichtigkeit von Verfügungen wird von der Aufsichtsbehörde unabhängig davon, ob Beschwerde geführt wird, von Amtes wegen festgestellt (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Gegenstand der Nichtigkeitsfeststellung sind Verfügungen im Sinne von Art. 17 SchKG sowie Entscheidungen der Aufsichtsbehörden im Sinne von Art. 18 f. SchKG. Steht eine Handlung eines Betreibungsorgans in Frage, das keine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG ist, kann die Nichtigkeit nicht von Amtes wegen festgestellt werden (Lorandi, a.a.O., N. 3 ff. zu Art. 22 SchKG). Nach dem Gesagten handelt es sich beim Angebot zur Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen der Masse und dem Schlussbericht nicht um Verfügungen im Sinne von Art. 17 SchKG (vgl. E. 3.1). Demnach ist die Beschwerde, soweit nicht auf sie eingetreten werden kann, auch nicht als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen. Soweit sich die Beschwerde indes gegen den Beschluss des Gläubigerausschusses über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Liquidationsmasse richtet, wird darauf wie erwähnt zurückzukommen sein (vgl. E. 8–10).

6./6.1 Vor jeder Abschlagszahlung stellen die Liquidatoren den Gläubigern einen Auszug der Verteilungsliste zu und legen diese während zehn Tagen auf (Art. 326 SchKG). Gleichzeitig mit der Verteilungsliste legen sie die Schlussrechnung auf (Art. 328 SchKG). Schlussrechnung und Verteilungsliste bilden ein organisch unteilbares Ganzes (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 1 zu Art. 328 SchKG). Der Auszug aus der Verteilungsliste und die Schlussrechnung sind allen Gläubigern einzeln zuzustellen. Die zugelassene ausgewiesene Summe, der verteilte Betrag und, sofern es sich um eine definitive Verteilungsliste handelt, der ungedeckt gebliebene Betrag, sind im zugestellten Auszug auszuweisen. Die Liquidatoren müssen ferner darauf hinweisen, dass die Verteilungsliste während zehn Tagen aufliegt und binnen dieser Frist bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden kann (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 10 zu Art. 326 SchKG).

6.2/6.2.1 Die Beschwerdegegnerin stellte dem Beschwerdeführer die Verteilungsliste und die Schlussrechnung mit Schreiben vom 26. April 2012 zu. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, die Verteilungsliste und die Schlussrechnung erhalten zu haben, bringt aber sinngemäss vor, die Anzeige hätte mittels amtlichen Formulars erfolgen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Spezialanzeige an die Gläubiger unterliegt keinem Formularzwang. Vielmehr genügt es, wenn die erforderlichen Angaben aus der entsprechenden Anzeige hervorgehen. In der dem Beschwerdeführer zugestellten Verteilungsliste sind die zugelassenen Forderungen jedes Gläubigers sowie die auf jeden Gläubiger entfallenden Nachlassdividenden und Verluste in Franken und Prozenten ausgewiesen. Insofern entsprach die Anzeige der Verteilungsliste mit Schlussrechnung den gesetzlichen Vorgaben.

6.2.2 Indes wurden die Gläubiger im Schreiben vom 26. April 2012 nicht darauf hingewiesen, dass sie die Verteilungsliste während der Auflagefrist bei der Aufsichtsbehörde anfechten können. Hieraus kann der Beschwerdeführer jedoch nichts ableiten, zeigt doch das vorliegende Verfahren, dass er in der Lage war, die Verteilungsliste fristgerecht bei der zuständigen Behörde anzufechten und ihm somit aus der fehlenden Rechtsmittelbelehrung keinerlei Nachteil erwuchs (vgl. BGE 124 I 255, E. 1a/aa; 121 II 72, E. 2; 117 Ia 119, E. 3a).

6.2.3 Im Übrigen wird in der Lehre die Auffassung vertreten, die Anzeige habe mittels eingeschriebenen Briefs zu erfolgen (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 10 zu Art. 326 SchKG). Es kann sich hierbei nicht um eine eigentliche Eröffnungsvorschrift handeln, spielt es doch für die Kenntnisnahme durch den Empfänger keine Rolle, ob er die Anzeige mittels eingeschriebener oder gewöhnlicher Post zugestellt erhält. Die eingeschriebene Zustellung dient vielmehr der Beweissicherung. Es handelt sich hierbei allerdings um eine blosser Obliegenheit. Demnach wurden dem Beschwerdeführer die Verteilungsliste und die Schlussrechnung genügend angezeigt. Zu prüfen bleibt, ob die Verteilungsliste mit Schlussrechnung unter einem anderen Mangel leidet.

6.3 Der Vergleich des Kollokationsplanes mit der Verteilungsliste ergibt, dass in der Verteilungsliste Steuerforderungen der Einwohnergemeinde S. von insgesamt Fr. 2'000.-- verzeichnet sind. Diese Forderungen fehlen im Kollokationsplan. Eine Erklärung ergibt sich weder aus den Vorbringen der Parteien noch aus den Akten. Sofern es sich hierbei um verspätet eingegebene Forderungen handelt, können diese zwar bis zum Ende des Nachlassverfahrens angebracht werden, doch hätte die Beschwerdegegnerin – falls sie die Forderungen für begründet hielt – den Kollokationsplan abändern und die Änderung öffentlich bekannt machen müssen (Art. 251 Abs. 1 und 4 i.V.m. 321 Abs. 2 SchKG). Entsprechendes ist nicht ersichtlich. Demnach entspricht die Verteilungsliste nicht den gesetzlichen Vorschriften. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen und die Verteilungsliste mit Schlussrechnung vom 8. März 2012 gemäss Publikation im SHAB aufzuheben. Ferner ist die kollozierte Forderung der A. AG in Liquidation von Fr. 26'940.95 in der Verteilungsliste nicht ausgewiesen. Stattdessen ist eine Forderung in entsprechender Höhe der I. AG vermerkt. Es handelt sich hierbei offensichtlich um ein Versehen, das zu korrigieren ist.

6.4 Es stellt sich die Frage, ob die Aufsichtsbehörde die Verteilungsliste selbst berichtigen oder die Sache zur weiteren Bearbeitung im Sinne der Erwägungen an

die Beschwerdegegnerin zurückweisen soll. In der Lehre ist umstritten, ob die kantonale Aufsichtsbehörde die Sache bei Gutheissung einer Beschwerde zur weiteren Bearbeitung an die untergeordnete Behörde zurückweisen darf. Nach AMONN/WALTHER steht es der Aufsichtsbehörde frei, die Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Prüfung und Beurteilung an die zuständige Behörde zurückzuweisen (a.a.O., § 6 N. 73). Die Gegenmeinung wird von LORANDI vertreten. Dieser Autor ist der Ansicht, da es sich bei der Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG um ein vollkommenes Rechtsmittel handle, welches eine vollumfängliche Tat- und Rechtskontrolle ermögliche, sei eine Rückweisung ausgeschlossen (a.a.O., N. 24 zu Art. 21 SchKG mit Hinweisen). Eine vermittelnde Haltung nehmen COMETTA/MÖCKLI ein. Sie sind der Meinung, die Aufsichtsbehörde könne die Sache an die untergeordnete Behörde zurückweisen, wenn sie nicht in der Lage sei, die entsprechenden Abklärungen selbst vorzunehmen (a.a.O., N. 12 zu Art. 21 SchKG). Im vorliegenden Fall wird die Beschwerdegegnerin – sofern es sich bei den Forderungen der Einwohnergemeinde S. um verspätete Forderungseingaben handelt – den Kollokationsplan abändern und die Änderungen öffentlich bekannt machen müssen. Sodann wird sie eine neue Verteilungsliste zu erstellen haben. Unter diesen Umständen muss es daher zulässig sein, die Sache zur weiteren Bearbeitung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Beschwerdegegnerin – nachdem sie die Verteilungsliste mit Schlussrechnung neu erstellt und den Gläubigern zur Einsicht aufgelegt hat – auch den Schlussbericht abzuändern und vom Gläubigerausschuss genehmigen zu lassen haben wird.

7./7.1 Der Beschwerdeführer beantragt, die Aufhebung der Verteilungsliste mit Schlussrechnung und des Schlussberichts im SHAB zu publizieren. Da auf die Beschwerde in den übrigen Punkten nicht eingetreten wurde, stellt sich nur noch die Frage, ob die Aufhebung der Verteilungsliste mit Schlussrechnung im SHAB zu publizieren ist.

7.2 Gemäss Art. 20a Abs. 1 Ziff. 4 SchKG wird der Beschwerdeentscheid den Parteien, dem betroffenen Amt sowie allfälligen weiteren Beteiligten schriftlich eröffnet. Unter weiteren Beteiligten sind jene Personen zu verstehen, die durch den Beschwerdeentscheid beschwert und deshalb zu dessen Weiterziehung legitimiert sind (Lorandi, a.a.O., N. 86 zu Art. 20a SchKG mit Hinweisen). Die Beschwerdegegnerin liess die Auflage der Verteilungsliste mit Schlussrechnung am 27. April 2012 im SHAB publizieren. Die Auflage der Verteilungsliste gelangte somit einem breiteren Personenkreis zur Kenntnis. Da der Beschwerdeentscheid nicht nur zwischen den Beschwerdeparteien, sondern gegenüber jedermann wirkt (Lorandi, a.a.O., N. 38 zu Art. 21 SchKG mit Hinweisen), rechtfertigt es sich, die Aufhebung dieser Verfügung gegenüber diesem Personenkreis bekannt zu machen. Die Beschwerdegegnerin wird daher angewiesen, die Aufhebung der Verteilungsliste im SHAB publizieren zu lassen.

#### IV. Beschluss des Gläubigerausschusses

8./8.1 Der Beschwerdeführer beantragt im Weiteren sinngemäss, es sei die Nichtigkeit des Beschlusses des Gläubigerausschusses über die Genehmigung der Verteilungsliste mit Schlussrechnung, den Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche der Masse gegen die V. AG, die Gemeinde E., die Mitglieder des Verwal-

tungsrates der Nachlassschuldnerin und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin sowie den Schlussbericht festzustellen. Der Beschwerdeführer macht geltend, nichtige Beschlüsse stellten in der Regel keine Anfechtungsobjekte dar. Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Liquidatorin bestehe aber ein Feststellungsanspruch bezüglich der Nichtigkeit, welche später als *res iudicata* anlässlich des Rückgriffs im Rahmen der Verantwortlichkeit der Beschwerdegegnerin verwendet werden könne. Damit werde allfälligen Abtretungsgläubigern der Weg bereitet, den Schaden direkt bei der Beschwerdegegnerin geltend zu machen. Dabei verkennt der Beschwerdeführer, dass es der Beschwerde an einem Verfahrenszweck mangelt, wenn lediglich die Feststellung von Pflichtwidrigkeiten im Hinblick auf einen Schadenersatzprozess verlangt wird (BGE 120 III 107, E. 2; 110 III 87, E. 1b; 99 III 58, E. 2; Amonn/Walther, a.a.O., § 6 N. 2; Cometta/Möckli, a.a.O., N. 7 zu Art. 17 SchKG; Dieth, a.a.O., 57; Lorandi, a.a.O., N. 8 zu Art. 17 SchKG). Im vorliegenden Fall besteht kein Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit. Im Übrigen verlangt der Beschwerdeführer nicht, es sei die Nichtigkeit eines Aktes der Beschwerdegegnerin festzustellen, vielmehr verlangt er die Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses des Gläubigerausschusses. Gegen diesen Beschluss führte er indes keine Beschwerde. Selbst wenn er Anspruch auf die Feststellung der Nichtigkeit hätte, läge keine Beschwerde vor, in deren Rahmen die Aufsichtsbehörde die Nichtigkeit feststellen könnte. Derweil hat die Aufsichtsbehörde die Nichtigkeit von Verfügungen der ihr unterstellten Organe des Betreibungs- und Konkurswesens unabhängig davon, ob Beschwerde geführt wird, von Amtes wegen festzustellen (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Der entsprechenden Eingabe kommt in diesem Fall die Funktion einer Aufsichtsbeschwerde zu (BGE 117 III 39, E. 2; 114 III 1, E. 1d).

8.2/8.2.1 Nach dem Gesagten kann eine Aufsichtsbeschwerde gegen Verfügungen von Betreibungsorganen nur entgegengenommen werden, wenn die Nichtigkeit der Verfügung von Amtes wegen festzustellen ist, d.h. wenn es sich bei der entsprechenden Amtshandlung unter anderem um eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG handelt (vgl. E. 5.2.1). Verfügungen im Sinne von Art. 17 SchKG sind nach dem Ausgeführten individuell-konkrete Handlungen in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren, welche das Verfahren vorantreiben, nach aussen in Erscheinung treten und von einem Betreibungsorgan kraft seiner Amtsgewalt erlassen wurden (E. 3.1.1 und die dortigen Hinweise). Der Gläubigerausschuss handelt zwar nach aussen nicht für die Masse, dennoch können seine Beschlüsse nach aussen Wirkung zeigen (Lorandi, a.a.O., N. 57 zu Art. 17 SchKG).

8.2.2 Was die Genehmigung des Schlussberichts betrifft, führt dieser Beschluss das Verfahren zwar weiter, indem er es abschliesst, doch hat der Beschluss – wie der Schlussbericht selbst – nur dann Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren, wenn im Schlussbericht Handlungen als ausgeführt bezeichnet werden, die noch nicht ausgeführt sind (vgl. E. 3.1.2 und die dortigen Hinweise). Entsprechendes wird vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht. Der Beschluss über die Genehmigung des Schlussberichts ist somit keine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG. In diesem Punkt kann die Aufsichtsbeschwerde nicht entgegengenommen werden.

8.2.3 Was den Beschluss über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen betrifft, wirkt dieser Beschluss gegen aussen, können doch die Gläubiger erst, nachdem der Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung von Ansprüchen ver-

zichtet hat, die Abtretung der Prozessführungsbefugnis verlangen. Im Weiteren greift der Gläubigerausschuss in das Vollstreckungsverfahren ein, indem er auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse verzichtet, kann doch ab diesem Zeitpunkt die Masse die entsprechenden Ansprüche nicht mehr geltend machen und können die Gläubiger die Abtretung der Prozessführungsbefugnis verlangen. Es liegt somit eine Vollstreckungshandlung vor. Der Beschluss des Gläubigerausschusses auf den Verzicht von Ansprüchen der Masse ist demnach eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG. Die Aufsichtsbeschwerde ist in diesem Punkt entgegenzunehmen.

8.3 Was hingegen den Beschluss über die Genehmigung der Verteilungsliste betrifft, ist vorab zu prüfen, welche Wirkung diesem Beschluss zukommt.

8.3.1 Der Gläubigerausschuss übt nach den gesetzlichen Vorschriften die Aufsicht über die Liquidatoren aus (Art. 320 Abs. 1 SchKG), wirkt bei der Verwertung von Aktiven (Art. 322 Abs. 2 SchKG) und der Abtretung der Geltendmachung von Ansprüchen (Art. 325 SchKG) mit, genehmigt die Jahres- und Schlussberichte der Liquidatoren (Art. 330 SchKG) und beurteilt Einsprachen gegen Anordnungen der Liquidatoren über die Verwertung von Aktiven (Art. 320 Abs. 2 SchKG). Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Gläubigerausschuss und Liquidatoren kann im Nachlassvertrag geregelt werden (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Der Gläubigerausschuss kann zudem im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtsbefugnis Einzelheiten der Kompetenzausscheidung in einem Organisationsreglement regeln (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 21 zu Art. 318 SchKG). Der Gläubigerausschuss darf sich dabei jedoch nicht ungebührlich in die Liquidationsvorgänge einmischen. Seine Aufgabe beschränkt sich auf grundsätzliche Anordnungen über die Liquidation (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 9 zu Art. 320 SchKG). Im vorliegenden Fall weist der Nachlassvertrag dem Gläubigerausschuss über die im Gesetz genannten Kompetenzen hinaus die Begutachtung des Entwurfes des Kollokationsplanes und der übrigen, ihm von der Liquidatorin vorgelegten Fragen zu. Auf das vom Beschwerdeführer vorgelegte Reglement des Gläubigerausschusses kann demnach nicht abgestellt werden, da nicht erstellt ist, dass sich der Gläubigerausschuss dieses Reglement gegeben hat (vgl. E. 9.3.1 und 9.3.2 nachfolgend).

8.3.2 Nach dem Gesagten ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus dem Nachlassvertrag, dass der Gläubigerausschuss die Kompetenz hat, die Verteilungsliste zu genehmigen. Vielmehr handelt es sich bei der Erstellung der Verteilungsliste um eine Kompetenz der Liquidatoren (Art. 326 SchKG). In diesem Bereich kommen dem Gläubigerausschuss keine Kompetenzen zu. Dies bedeutet indes nicht, dass der Gläubigerausschuss nicht beratend zu Fragen der Verteilungsliste Stellung nehmen kann (Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 10 zu Art. 320 SchKG). Im vorliegenden Fall hat der Gläubigerausschuss gemäss dem Nachlassvertrag die Kompetenz, die ihm von der Liquidatorin vorgelegten Fragen zu begutachten. Es ist demnach nicht davon auszugehen, dass der Gläubigerausschuss in die Kompetenzen der Beschwerdegegnerin eingreifen wollte, indem er die Verteilungsliste mit Schlussrechnung genehmigte. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin dem Gläubigerausschuss im Rahmen der gesetzlichen und nachlassvertraglichen Kompetenzordnung die Verteilungsliste zur Begutachtung vorlegte, um sicherzustellen, dass ihr Vorgehen von einer Mehrheit des Aufsichtsorgans getra-

gen wird. Der Beschluss des Gläubigerausschusses ist in diesem Fall lediglich konsultativer Natur und entfaltet keine bindende Wirkung. Es handelt sich demnach beim Beschluss des Gläubigerausschusses über die Genehmigung der Verteilungsliste nicht um eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG. Die Aufsichtsbeschwerde ist in diesem Punkt nicht entgegenzunehmen.

9./9.1/9.1.1 Es verbleibt somit zu prüfen, ob der Beschluss des Gläubigerausschusses über den Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche gegen die V. AG, die Gemeinde E., die Mitglieder des Verwaltungsrates der Nachlassschuldnerin und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin nichtig ist. Nichtig sind Verfügungen von Betreibungsorganen, wenn sie gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

9.1.2 Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gehört zum öffentlichen Recht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Verstoss gegen jede betreibungsrechtliche Vorschrift öffentliche Interessen verletzt, vielmehr dient eine Vielzahl von betreibungsrechtlichen Vorschriften einzig dem Schutz der Verfahrensbeteiligten. Im öffentlichen Interesse liegen vor allem die Vorschriften über das Verfahren sowie die Zuständigkeiten der Betreibungsorgane. Ihr Zweck besteht in der Regel darin, die Ordnungsmässigkeit des Verfahrens und damit die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ein öffentliches Interesse kommt in Frage, wenn eine Vorschrift eine wichtige Funktion im Verfahrensablauf einnimmt und deren Verletzung erhebliche Auswirkungen auf den Fortgang des Betreibungsverfahrens hat. Daneben sind öffentliche Interessen auch verletzt, wenn gegen eine weniger wichtige Vorschrift verstossen wird, der Verstoss aber schwerwiegend oder offensichtlich ist (Lorandi, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 22 SchKG). Im Interesse von nicht am Verfahren beteiligten Personen aufgestellt sind Vorschriften, die nicht dem Schutz von Personen dienen, die formell am Betreibungsverfahren beteiligt sind, d.h. die von Betreibungshandlungen, Verfügungen und Entscheiden in Kenntnis zu setzen sind (Lorandi, a.a.O., N. 53 zu Art. 22 SchKG).

9.1.3 Der Verstoss gegen eine Norm, die im öffentlichen Interesse aufgestellt wurde oder dem Schutz von nicht am Verfahren beteiligten Personen dient, bedeutet indes nicht in jedem Fall die Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung. Ist eine Verfügung mit formellen oder materiellen Mängeln behaftet, ist sie in der Regel anfechtbar, d.h. die Verfügung ist gültig und rechtswirksam, kann aber in einem förmlichen Verfahren aufgehoben werden. Die Nichtigkeit einer Verfügung ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Wäre jede mangelhafte Verfügung nichtig, hätte dies eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge (Cometta/Möckli, a.a.O., N. 4 zu Art. 22 SchKG). Nach der Evidenztheorie sind Verfügungen von Betreibungsorganen nichtig, wenn ihnen ein besonders schwerwiegender, offensichtlicher oder zumindest leicht erkennbarer Mangel anhaftet und die Rechtssicherheit durch die Nichtigkeitsfolge nicht ernsthaft gefährdet wird. Erforderlich ist somit eine Abwägung zwischen dem Interesse an Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (BGE 122 I 97, E. 3a/aa; 116 Ia 215, E. 2c; 104 Ia 172, E. 2c; 98 Ia 568, E. 4). Materielle Mängel führen nur selten zur Nichtigkeit; typische Nichtigkeitsgründe sind schwerwiegende Verfahrensfehler oder qualifizierte Unzuständigkeiten der verfügenden Behörde (Cometta/Möckli, a.a.O., N. 9 zu Art. 22 SchKG). Nichtig sind beispielsweise Verfügungen, mit denen ein Zwangs-

vollstreckungsorgan seine sachliche Zuständigkeit deutlich überschreitet (BGE 113 III 42, E. 2; 111 III 56, E. 3; 97 III 89, E. 5d), gegen nicht betreibungsfähige Personen veranlasste Betreibungshandlungen (BGE 115 III 11, E. 1c, 114 III 62, E. 1) oder Betreibungshandlungen unter Missachtung des Selbstkontrahierungsverbotes (BGE 112 III 65, E. 3). Bloss anfechtbar sind hingegen von einem örtlich nicht zuständigem Amt erlassene Zahlungsbefehle (BGE 96 III 89, E. 2). Handelt es sich bei der fraglichen Verfügung um einen Beschluss eines Gläubigerausschusses, kommt die Nichtigkeit insbesondere bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften in Frage. An die Nichtigkeit wäre beispielsweise zu denken, wenn nicht stimmberechtigte Personen bei der Beschlussfassung mitstimmten oder wenn die Stimmen falsch gezählt wurden. Ebenso können schwere Verstösse gegen Ausstandsregeln zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen (vgl. LGVE 1989 I Nr. 29).

9.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin den Mitgliedern des Gläubigerausschusses mit E-Mail vom 9. März 2012 unter anderem den Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche der Liquidationsmasse gegen die Gemeinde E., die V. AG, die Verwaltungsratsmitglieder der Nachlassschuldnerin und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin beantragte. Der Beschwerdeführer verlangte daraufhin die Durchführung einer Sitzung des Gläubigerausschusses. Mit E-Mail vom 10. April 2012 teilte ihm die Beschwerdegegnerin mit, sie erachte es in Absprache mit den anderen Mitgliedern des Gläubigerausschusses nicht für erforderlich, eine weitere Sitzung des Gläubigerausschusses durchzuführen. In der Zwischenzeit beschlossen die B. AG und die G. AG auf dem Zirkularweg, auf die Geltendmachung der genannten Ansprüche zu verzichten.

9.3/9.3.1 Es stellt sich in erster Linie die Frage, ob der Gläubigerausschuss im vorliegenden Fall auf dem Zirkularweg über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse beschliessen durfte. Der Beschwerdeführer macht geltend, Beschlüsse des Gläubigerausschusses auf dem Zirkularweg bedürften gemäss Art. 4 Abs. 4 des von ihm vorgelegten Reglements des Gläubigerausschusses der Zustimmung aller Mitglieder des Gläubigerausschusses. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, das vom Beschwerdeführer vorgelegte Reglement sei dem Gläubigerausschuss nie vorgelegt und von diesem nie genehmigt worden. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschlussfassung über das Reglement des Gläubigerausschusses an der ersten Sitzung des Ausschusses vom 27. Januar 2010 traktandiert war. Dem Protokoll der Sitzung lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass über das Reglement Beschluss gefasst wurde. Es ist somit nicht erstellt, ob über das Reglement des Gläubigerausschusses Beschluss gefasst wurde.

9.3.2 Obwohl im Beschwerdeverfahren eine beschränkte Untersuchungsmaxime gilt, kommt die Beweislastregel von Art. 8 ZGB analog zur Anwendung (BGE 108 III 107, E. 3; 107 III 2, E. 1). Da der Beschwerdeführer geltend macht, der Zirkularbeschluss des Gläubigerausschusses sei aufgrund des Reglements des Gläubigerausschusses nichtig, hat er zu beweisen, dass das Reglement des Gläubigerausschusses gültig zustande kam. Die Beweislosigkeit über die Beschlussfassung des Reglements des Gläubigerausschusses geht daher zu seinen Lasten. Auf das vom Beschwerdeführer vorgelegte Reglement des Gläubigerausschusses kann somit nicht abgestellt werden. Hieran ändert sich nichts, wenn der Beschwerdeführer ausführt, es sei ihm bis anhin kein Protokoll der ersten Gläubigerausschusssitzung zugestellt worden. Der Gläubigerausschuss hat über seine Beschlüsse Protokoll zu

führen (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 320 Abs. 3 SchKG). Der Beschwerdeführer hätte – nötigenfalls mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde – jederzeit eine Kopie des Protokolls der Sitzung vom 27. Januar 2010 verlangen können (vgl. BGE 52 III 20, 21; Marc Russenberger, in: Basler Kommentar SchKG II, Basel 2010, N. 34 zu Art. 236 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 661).

9.3.3 Es stellt sich sodann die Frage, ob die Beschlussfassung des Gläubigerausschusses auf dem Zirkularweg aus anderen Gründen unzulässig ist. Das Gesetz regelt die Beschlussfassung des Gläubigerausschusses nicht. Sofern keine Vorgaben der Gläubigerversammlung bestehen, kann der Gläubigerausschuss selbstständig festlegen, auf welche Art und Weise er Beschlüsse fassen will (Russenberger, a.a.O., N. 36 zu Art. 237 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 695). Die Beschlussfassung hat gemeinsam und grundsätzlich im Anschluss an die Beratung zu erfolgen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 47 N. 27; Carl Jäger, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, N. 10 zu Art. 237 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 696). Jedem Mitglied muss die Gelegenheit eingeräumt werden, sich zu den betreffenden Geschäften zu äussern und auf die Beschlussfassung einzuwirken (BGE 52 III 21). Dies gilt selbst dann, wenn absehbar ist, dass das betreffende Mitglied bei der Abstimmung unterliegen wird (Sprecher, a.a.O., N. 693). Was die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg betrifft, merkt SPRECHER an, auch auf diesem Weg sei eine vorgängige Beratung möglich. Meinungen liessen sich per E-Mail austauschen. Es sei gar möglich, im Anschluss an ein Votum Abklärungen zu treffen und dadurch substantieller zu einer Äusserung Stellung zu nehmen. Er gibt aber zu bedenken, dass bei dieser Art der Beschlussfassung tendenziell weniger Transparenz bestehe, als wenn die Willensbildung anlässlich einer Sitzung zustande gekommen sei. Zirkularbeschlüsse eigneten sich somit insbesondere für dringende, unbestrittene und hinreichend vorbesprochene Geschäfte (a.a.O., N. 696 ff.). Diesen Bedenken ist zu entgegnen, dass sich der Willensbildungsprozess beim E-Mail Verkehr oftmals einfacher nachvollziehen lässt, als bei einer Sitzung, sind doch bei ersterem die einzelnen Voten der Mitglieder des Gläubigerausschusses schriftlich festgehalten, während die anlässlich einer Sitzung mündlich abgegebenen Voten nur summarisch protokolliert werden müssen (vgl. Bauer/Hari/Jeanerret/Wüthrich, a.a.O., N. 7 zu Art. 320 SchKG; Fritzsche/Walder, a.a.O., § 47 N. 25).

9.3.4 Zusammenfassend ist es somit grundsätzlich zulässig, Beschlüsse auf dem Zirkularweg zu fassen. Gesetz und Nachlassvertrag stehen dem nicht entgegen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers muss auch nicht zwingend eine Sitzung des Gläubigerausschusses stattfinden, wenn ein Mitglied eine solche verlangt. Soweit das vom Beschwerdeführer vorgelegte Reglement des Gläubigerausschusses dies vorsieht, ist der Beweis nicht erbracht, dass sich der Gläubigerausschuss dieses Reglement gegeben hat (vgl. E. 9.3.1 und 9.3.2). Im Übrigen liesse sich dem Reglement auch nicht entnehmen, dass Zirkularbeschlüsse nur zulässig sind, wenn alle Mitglieder des Gläubigerausschusses der Beschlussfassung auf diesem Weg zustimmen. So lautet Art. 4 Abs. 4 des Reglements: "Beschlüsse können ohne Abhaltung einer Sitzung auf dem Zirkularweg gefasst werden. Solche Beschlüsse bedürfen der Zustimmung aller Mitglieder des Gläubigerausschusses". Dieser Wortlaut könnte auch dahingehend gedeutet werden, dass Zirkularbeschlüsse nur mit Einstimmigkeit gefällt werden können.

9.4/9.4.1 Soweit der Beschwerdeführer aber vorbringt, es sei ihm keine Gelegenheit eingeräumt worden, zu den Anträgen der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen, ist seine Rüge nicht zum Vor herein unbegründet. Die Beschwerdegegnerin unterbreitete den Mitgliedern des Gläubigerausschusses mit E-Mail vom 9. März 2012 unter anderem den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse und bat die Mitglieder, die der E-Mail beigefügte Zustimmungserklärung bis zum 16. März 2012 unterschrieben an sie zurückzusenden, sollten sie ihren Anträgen entsprechen. Nach dem Gesagten schliesst die Beschlussfassung im Zirkularverfahren die vorgängige Beratung über einen Antrag nicht aus. Der Beschwerdeführer hätte sich somit auch schriftlich oder per E-Mail an die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses wenden und seine Anliegen vorbringen können. Die Durchführung einer erneuten Sitzung war nicht zwingend erforderlich.

9.4.2 In BGE 51 III 160 ging es um die Erteilung einer Prozessvollmacht an ein Mitglied des Gläubigerausschusses. Der Gläubigerausschuss hatte die Prozessvollmacht erteilt, ohne ein Mitglied, das hiergegen opponierte, anzuhören. Das Bundesgericht schützte dieses Vorgehen nicht. Es führte aus, wolle ein Mitglied des Gläubigerausschusses einem Antrag des Konkursverwalters nicht beistimmen, so dürfe nicht einfach über seinen Kopf hinweg zu einem Mehrheitsbeschluss geschritten werden, sondern müsse ihm Gelegenheit eingeräumt werden, seine Einwendungen vorzubringen und derart auf die Beschlussfassung einzuwirken, bevor diese erfolge. Der vorliegende Fall liegt anders. Die Beschwerdegegnerin unterbreitete den Antrag zum Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse allen Mitgliedern des Gläubigerausschusses. Nach dem Gesagten hätte der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, den anderen Mitgliedern des Gläubigerausschusses seine Sichtweise darzulegen. Dass der Beschwerdeführer diese Gelegenheit nicht wahrnahm, sondern auf der Durchführung einer weiteren Sitzung des Gläubigerausschusses beharrte, hat er sich selbst zuzuschreiben. Der Beschluss über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse ist somit unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

9.5 Bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses ist stimmberechtigt, wer in den Gläubigerausschuss gewählt wurde. Wahlorgan ist die Gläubigerversammlung (Bauer/Hari/Jeaneret/Wüthrich, a.a.O., N. 12 zu Art. 318 SchKG; Daniel Hunkele, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Freiburg 1999, N. 1110; Sprecher, a.a.O., N. 929). Voraussetzungen der Wählbarkeit sind: Handlungs- und Amtsfähigkeit, Gläubigereigenschaft oder Vertretung eines Gläubigers, keine Belastung durch einen Interessenkonflikt, der nicht durch den Ausstand zu beheben ist sowie keine Belastung mit einem anderen Hinderungsgrund (Sprecher, a.a.O., N. 161 ff.; ähnlich: Jäger, a.a.O., N. 8 zu Art. 237 SchKG; Russenberger, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 237 SchKG).

9.6/9.6.1 In den Gläubigerausschuss wurden neben dem Beschwerdeführer die G. AG und die B. AG gewählt. Ob juristische Personen in den Gläubigerausschuss wählbar sind, ist umstritten. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht dies abgelehnt (BGE 24 I 732, 733). In einem späteren Entscheid attestierte die höchstrichterliche Rechtsprechung einer juristischen Person aber die Fähigkeit, das Amt der ausserordentlichen Konkursverwalterin wahrnehmen zu können (BGE 101 III 43 ff.). SPRECHER vertritt die Ansicht, juristische Personen könnten in den Gläubigerausschuss gewählt werden. Er begründet dies insbesondere damit, dass der

Wortlaut des Gesetzes nicht gegen die Wahl von juristischen Personen in den Gläubigerausschuss spreche. So sehe Art. 237 Abs. 3 SchKG vor, dass die Gläubigerversammlung die Mitglieder des Gläubigerausschusses aus ihrer Mitte wähle. Dem Gesetzgeber sei es bewusst gewesen, dass auch juristische Personen Gläubiger sein könnten. Er habe die als Mitglieder des Gläubigerausschusses in Frage kommenden Personen aber nicht auf natürliche Personen beschränkt. Dies deute darauf hin, dass der Gesetzgeber auch juristische Personen als in den Gläubigerausschuss wählbar erachte. Überdies lasse sich der Fall denken, in dem alle Gläubiger juristische Personen seien. In diesem Fall wäre die Wahl eines Gläubigerausschusses verunmöglicht, wenn nur natürliche Personen in den Gläubigerausschuss wählbar wären. Da diese oft wichtige Gläubiger seien, über ein grösseres Know-How und mehr Ressourcen verfügten als natürliche Personen, sei es auch aus praktischer Sicht sinnvoll, juristische Personen als Mitglieder des Gläubigerausschusses zuzulassen (a.a.O., N. 248). Dieser überzeugenden Lehrmeinung ist ohne weiteres zuzustimmen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die Wahl der juristischen Personen G. AG und B. AG in den Gläubigerausschuss zulässig. Da die juristische Person Mitglied des Gläubigerausschusses ist und juristische Personen durch ihre Organe handeln (Art. 55 Abs. 2 ZGB), muss die natürliche Person, die im Gläubigerausschuss für die juristische Person handelt, nicht in den Gläubigerausschuss gewählt werden.

9.6.2 Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses seien nicht handlungsfähig, nicht amtsfähig oder nicht Gläubiger oder Gläubigervertreter. Entsprechendes ist auch nicht ersichtlich. Er bringt aber vor, die G. AG bzw. ihr Verwaltungsratspräsident P. sowie die B. AG bzw. ihr Direktor E. hätten sich in einem Interessenkonflikt befunden. Ein Interessenkonflikt beschlägt die Wählbarkeit dann, wenn es sich um einen schweren und dauernden Interessenkonflikt handelt, der nicht durch den Ausstand im Einzelfall behoben werden kann (PKG 1989 Nr. 52, E. 5). Nicht wählbar ist somit, wer Interessen vertritt, die im Verhältnis zu jenen der Gläubigergesamtheit derart konfliktrichtig sind, dass seine Mitwirkung im Gläubigerausschuss als unzweckmässig und unangemessen erscheint. Der Interessenkonflikt muss objektiv gravierend sein, auf die subjektive Einstellung des Betroffenen kommt es nicht an (Sprecher, a.a.O., N. 200 f.).

9.6.3 Aus dem Protokoll der zweiten Sitzung des Gläubigerausschusses ergibt sich, dass die G. AG mit der Realisierung eines Bauprojekts auf den im Eigentum der Nachlassschuldnerin stehenden Grundstücken betraut war und bei einem Verkauf der Grundstücke an die Z. AG dieses Projekt weiterführen konnte. Es liegt daher nahe, dass die G. AG beim Verkauf der Grundstücke an die Z. AG eigene Interessen verfolgte. Überdies macht der Beschwerdeführer geltend, die Offerte der Z. AG sei nach Rücksprache mit der B. AG bzw. ihrem damaligen Direktor E. erfolgt. Der Beschwerdeführer belegt sein Vorbringen nicht näher. Indes bestehen Indizien, die auf eine Verflechtung zwischen der B. AG und der Z. AG hindeuten. Ob sich hieraus ein Interessenkonflikt herleiten lässt, kann vorerst offen bleiben, da sowohl im Falle der G. AG als auch der B. AG nur der Verkauf der Grundstücke von einer allfälligen Interessenkollision betroffen war und diese durch den Ausstand beim Beschluss über dieses Geschäft hätte behoben werden können. Die G. AG und die B. AG erfüllen somit die Wählbarkeitsvoraussetzungen.

9.7 Der Beschwerdeführer macht geltend, die G. AG bzw. ihr Verwaltungsrat P. und die B. AG bzw. ihr Direktor E. hätten bei der Beschlussfassung über die Verwertung der Grundstücke Nr. X und Y eigene Interessen verfolgt und hätten deshalb in den Ausstand treten müssen. Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, dass auch für Mitglieder des Gläubigerausschusses Ausstandspflichten bestehen. Dabei wird Art. 10 SchKG analog herangezogen. Mitglieder des Gläubigerausschusses haben somit insbesondere bei Amtshandlungen, an denen sie selbst oder ihnen nahe stehende Personen ein direktes Interesse haben, in den Ausstand zu treten (BGE 23 II 1960; Jäger, a.a.O., N. 10 zu Art. 237 SchKG; Fritzsche/Walder, a.a.O., § 47 N. 24; Russenberger, a.a.O., N. 25 zu Art. 237 SchKG; Sprecher, a.a.O., N. 720). Es mag überdies zutreffen, dass die G. AG und die B. AG beim Verkauf der im Eigentum der Nachlassschuldnerin stehenden Grundstücke direkte eigene Interessen verfolgten. Dies ist im vorliegenden Verfahren jedoch ohne Belang. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern die G. AG oder die B. AG beim Beschluss über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse direkte eigene Interessen verfolgt hätten. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus den Akten. Ein Interessenkonflikt ist somit nicht ersichtlich. Was den allfälligen Ausstand der G. AG bzw. von P. betrifft, dürfte dem Beschwerdeführer überdies spätestens seit der zweiten Sitzung des Gläubigerausschusses vom 4. August 2010 bekannt gewesen sein, dass die G. AG bei einem Verkauf der Grundstücke an die Z. AG als Generalunternehmerin vorgesehen war. Diesen allfälligen Ausstandsgrund hätte er bereits damals vorbringen müssen, muss doch die Ablehnung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, sobald der Ausstandsgrund bekannt ist, unverzüglich geltend gemacht werden, andernfalls der Anspruch auf Ablehnung verwirkt (BGE 121 I 225, E. 3; 120 Ia 19, E. 2c; 118 Ia 282, E. 3a).

9.8 Nach dem Gesagten waren bei der Beschlussfassung über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen neben dem Beschwerdeführer die G. AG und die B. AG stimmberechtigt. Der Gläubigerausschuss entscheidet grundsätzlich mit einfachem Mehr (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 47 N. 27; Sprecher, a.a.O., N. 706). Für bestimmte Fälle kann er ein qualifiziertes Mehr vorsehen (Sprecher, a.a.O., N. 706). Jedes Mitglied hat eine Stimme (Sprecher, a.a.O., N. 700). Aus dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Reglement des Gläubigerausschusses liesse sich allenfalls ableiten, dass der Gläubigerausschuss auf dem Zirkularweg nur mit Einstimmigkeit Beschluss fassen kann (vgl. E. 9.3.4). Es ist jedoch nicht erstellt, dass der Gläubigerausschuss sich das vom Beschwerdeführer vorgelegte Reglement gegeben hat (vgl. E. 9.3.1 und 9.3.2). Auf dieses kann somit nicht abgestellt werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gläubigerausschuss mit einfachem Mehr über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse beschliessen konnte.

9.9 Es stellt sich sodann die Frage, ob eine Mehrheit der Mitglieder des Gläubigerausschusses dem Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse zugestimmt hat. Dabei ist die Anzahl der Stimmen, die auf ein Mitglied des Gläubigerausschusses entfallen, und die Gültigkeit der abgegebenen Stimmen zu prüfen.

9.9.1 Es ist möglich, dass sich mehrere Mitglieder des Gläubigerausschusses durch eine Person vertreten lassen. In diesem Fall hat der Vertreter mehrere Stimmen.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass jedes Mitglied eine Stimme hat; der Vertreter übt in diesem Fall lediglich das Stimmrecht für mehrere Personen aus (Sprecher, a.a.O., N. 701). Gemäss dem Nachlassvertrag wurden die G. AG, die B. AG und der Beschwerdeführer für sich selbst sowie die A. AG in Liquidation, die R. AG und die I. AG in den Gläubigerausschuss gewählt. Es stellt sich somit die Frage, ob der Beschwerdeführer neben seiner eigenen die Stimmen der A. AG in Liquidation, der R. AG und der I. AG bei Abstimmungen im Gläubigerausschuss vertritt und demnach jeweils über vier Stimmen verfügt. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Gesellschaften im Gläubigerausschuss stimmberechtigt sind, wofür in erster Linie erforderlich ist, dass diese Gesellschaften in den Gläubigerausschuss gewählt worden sind (vgl. E. 9.5). Aufgrund der Auslegung des Nachlassvertrages ist dies zu verneinen. Dieser nennt in einer Aufzählung mit drei Lemma als Mitglieder des Gläubigerausschusses die G. AG, die B. AG und den Beschwerdeführer. Würde der Gläubigerausschuss aus weiteren Mitgliedern bestehen, ist nicht einzusehen, weshalb diese in der entsprechenden Aufzählung nicht mit einem eigenen Lemma genannt sind. Wenn im Nachlassvertrag davon die Rede ist, der Beschwerdeführer sei für sich selbst, die A. AG in Liquidation, die R. AG und die I. AG in den Gläubigerausschuss gewählt worden, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in eigener Person in den Gläubigerausschuss gewählt wurde, in diesem jedoch neben seinen eigenen Interessen die Interessen der A. AG in Liquidation, der R. AG und der I. AG vertritt, jedoch nicht als Stellvertreter dieser Gesellschaften handelt. Der Beschwerdeführer hat demnach bei Abstimmungen im Gläubigerausschuss nur eine Stimme. ...

9.9.3 Was die Stimme der G. AG betrifft, erklärte P. mit Schreiben vom 14. März 2012, mit den mit E-Mail vom 9. März 2012 gestellten Anträgen einverstanden zu sein. Dem Schreiben fügte er einen Ausdruck der E-Mail vom 9. März 2012 an, wobei er jeden Antrag visierte. Da weder das Gesetz noch der Nachlassvertrag Vorschriften für die Form der Stimmabgabe aufstellen, ist diese formlos möglich. Aus dem Schreiben vom 14. März 2012 ergibt sich eindeutig, dass die G. AG der Genehmigung der Verteilungsliste mit Schlussrechnung zustimmte. Somit hat die G. AG dem Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse gültig zugestimmt.

9.9.4 Es kam somit mit zwei zu eins Stimmen ein Beschluss über den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse gültig zustande.

10./10.1 Es stellt sich sodann die Frage, ob der Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche der Masse gegen die V. AG, die Gemeinde E., die Mitglieder des Verwaltungsrates der Nachlassschuldnerin und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin aus einem anderen Grund nichtig ist.

10.2 Gläubigerausschuss und Liquidatoren können auf die Geltendmachung von schwer einbringlichen oder umstrittenen Ansprüchen, die zum Massenvermögen gehören, verzichten (Art. 325 SchKG). Zu den entsprechenden Ansprüchen zählen mit Nachlassbeschluss erfasste Forderungen und dingliche Rechte sowie die Abwehr von gegen die Masse gerichteten Forderungen und dinglichen Ansprüchen. Keine Rolle spielt, wann die Forderungen oder Ansprüche entstanden sind, auch auf die Geltendmachung von nach der Nachlassstundung entstandenen Forderungen und Ansprüchen kann verzichtet werden. Es muss sich dabei aber um eine ori-

ginär der Masse zustehende Forderung handeln (Stephen V. Berti, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., N. 10 zu Art. 260 SchKG). Die Masse kann nicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichten, die nicht zur Masse gehören. Hierzu zählen insbesondere Verantwortlichkeitsansprüche aus Amtshandlungen von Betreibungsorganen (BGE 114 III 21, E. 5b). Im vorliegenden Fall verzichtete der Gläubigerausschuss namentlich auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Masse gegen die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin. Dieser Beschluss ist in zweierlei Hinsicht mangelhaft. Erstens handelt es sich bei Verantwortlichkeitsansprüchen aus Amtshandlungen von Organen des Betreibungs- und Konkurswesens nach dem Gesagten nicht um Ansprüche der Masse, zweitens richtet sich der entsprechende Anspruch nicht gegen das fehlbare Organ, sondern den Kanton (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Es ist somit zu prüfen, ob der entsprechende Beschluss des Gläubigerausschusses aufgrund dieser Mängel nichtig oder bloss anfechtbar ist.

10.3 Nichtig sind Verfügungen von Betreibungsorganen, die gegen im öffentlichen Interesse oder zum Schutz von nicht am Betreibungsverfahren beteiligten Personen aufgestellt wurden (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 325 bzw. 260 SchKG ist keine Abtretung im zivilrechtlichen Sinn. Vielmehr handelt es sich um ein mit einem Anspruch auf Vorausbefriedigung verbundenes Prozessführungsrecht (BGE 122 III 176, E. 6f). Art. 325 SchKG erlaubt der Masse nur, auf die Geltendmachung von schwer einbringlichen oder umstrittenen Ansprüchen zu verzichten. Insofern schützt die Norm die Masse, als sie die Liquidatoren verpflichtet, leicht einbringliche und nicht bestrittene Ansprüche selbst durchzusetzen. Im Weiteren schafft die Norm durch den Vorausbefriedigungsanspruch einen Anreiz für die Gläubiger, die Abtretung des Prozessführungsrechts zu verlangen und die Ansprüche, auf deren Geltendmachung die Masse verzichtet hat, durchzusetzen. Auf diese Weise besteht die Möglichkeit, dass auch umstrittene oder schwer einbringliche Ansprüche verwertet werden können, was zum Erhalt oder zur Vermehrung des Vollstreckungssubstrats beiträgt. Unmittelbar dem Interesse der Gläubiger dient die Norm, indem sie den Gläubigern die Möglichkeit verschafft, sich aus der Geltendmachung umstrittener oder schwer einbringlicher Ansprüche vollständig oder teilweise zu befriedigen und zumindest nicht vollständig auf die Nachlassdividende angewiesen zu sein. Art. 325 SchKG dient somit dem Interesse der Gläubiger. Es handelt sich demnach bei dieser Norm nicht um eine Vorschrift, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz von nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen wurde. Die Verletzung von Art. 325 SchKG hat somit nicht die Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 SchKG zur Folge. Der Beschluss des Gläubigerausschusses über den Verzicht auf die Geltendmachung der vermeintlichen Ansprüche der Masse ist somit nicht nichtig. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Masse – indem sie auf die Geltendmachung des Anspruches gegen die Beschwerdeführerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin verzichtete – auf einen Anspruch verzichtet hat, der nicht besteht. Ein allfälliger Anspruch würde vielmehr den unmittelbar Geschädigten und nicht der Masse zustehen und sich gegen den Kanton und nicht die Liquidatorin richten (vgl. Art. 5 SchKG). Der Verzicht ist insofern unschädlich, als allenfalls bestehende Verantwortlichkeitsansprüche aus Amtstätigkeit der Liquidatorin vom Verzicht nicht betroffen sind. Wer glaubt, einen solchen Anspruch gegen den Kanton zu haben, kann diesen weiterhin geltend machen.

## V. Auswechslung der Liquidatorin

11./11.1 Der Beschwerdeführer beantragt die Absetzung der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin und die Ernennung eines Ersatzliquidators. Er stellt sich dabei auf den Standpunkt, aufgrund der gegebenen Umstände und insbesondere der Renitenz sowie der fachlichen Unfähigkeit der Liquidatorin und des Interessenkonflikts wegen der subsidiären Haftung aus der Barkautionssache bzw. anderen Verfahrensmängeln sei die Beschwerdegegnerin per sofort ihres Amtes zu entheben und ein Ersatzliquidator einzusetzen. Als zusätzliche schwere Verfehlung sei der Beschwerdegegnerin anzulasten, dass sie es unterlassen habe, die gesetzlich vorgeschriebene Spezialanzeige jedem Gläubiger zuzustellen. Die Publikation im SHAB sei nicht notwendig. Rechtswirksam sei lediglich die Zustellung der Spezialanzeige, damit die Verteilungsliste in Rechtskraft erwachsen könne.

11.2 Die Liquidatoren unterstehen der Aufsicht der kantonalen Aufsichtsbehörde (BGE 114 III 120 f.). Ungeeignete Liquidatoren können deshalb auf Beschwerde hin von der Aufsichtsbehörde abberufen werden. Es handelt sich hierbei um eine disziplinarische Massnahme (vgl. Jäger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 320 SchKG). Disziplinarische Massnahmen müssen geeignet sein, die Erfüllung der Dienstpflicht sowie das gute Funktionieren und die Vertrauenswürdigkeit der entsprechenden Behörde sicherzustellen. Bei der Wahl der zu treffenden Disziplinar-massnahme kommt der Behörde ein gewisses Ermessen zu. Sie berücksichtigt objektive und subjektive Elemente und kann aufgrund des Opportunitätsprinzips von einer Massnahme absehen, wenn sie zum Schluss kommt, der Zweck des Disziplinarrechts verlange keine Sanktion (Häfelin/Haller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2005, N. 1205). Im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung sind die Liquidatoren abzubrufen, wenn sie keine Gewähr für die Amtsführung nach den gesetzlichen Vorschriften bieten und der Staat auf die Wahl der Liquidatoren Einfluss nehmen muss, insbesondere um die allfällige Staatshaftung rechtzeitig abzuwenden (Hunkeler, a.a.O., N. 1046).

11.3 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass das Nachlassverfahren kurz vor seinem Abschluss steht bzw. sämtliche Aktiven liquidiert sind. Da es sich bei der Auswechslung der Liquidatoren um eine zukunftsgerichtete Massnahme handelt, ist die Abberufung der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin nur noch geeignet, wenn Anhaltspunkte bestehen, wonach die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die noch vorzunehmenden Amtshandlungen ungeeignet wäre.

11.4/11.4.1 Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Beschwerdegegnerin sei aufgrund der Umstände nicht länger geeignet, das Amt der Liquidatorin der Nachlassschuldnerin wahrzunehmen. Zur Begründung bringt er vor, die Beschwerdegegnerin habe es unterlassen, die gesetzlich vorgeschriebene Spezialanzeige jedem Gläubiger zuzustellen. Selbst wenn dies zutreffen würde, wäre dies kein Grund, der die Absetzung der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin rechtfertigen würde, könnte doch dieser Fehler mittels Beschwerde gerügt und durch Gutheissung der entsprechenden Beschwerde korrigiert werden. Das Vorbringen des Beschwerdeführers erweist sich somit als unbegründet. Im Übrigen tut der Beschwerdeführer nicht dar, auf welche Umstände er sein Begeh-

ren im Einzelnen stützt. Aus der Begründung der Beschwerde ergibt sich, dass er insbesondere den Verkauf der Grundstücke Nr. X und Y die Beschlussfassung des Gläubigerausschusses auf dem Zirkularweg, die Verletzung von Ausstandspflichten von Mitgliedern des Gläubigerausschusses sowie die Vakanz der Stelle der B. AG im Gläubigerausschuss bemängelt. Die Abberufung der Beschwerdegegnerin als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin ist nicht geeignet, diese angeblichen Missstände zu beheben. Was den Verkauf der Grundstücke Nr. X und Y betrifft, ist dieser Verkauf bereits vollzogen. Die Auswechslung der Liquidatorin würde an diesem Verkauf nichts mehr ändern. Soweit die vom Beschwerdeführer gerügten Unregelmässigkeiten den Gläubigerausschuss betreffen, ist die Auswechslung der Liquidatorin nicht geeignet, diese zu beheben. Ins Auge zu fassen wäre vielmehr die Auswechslung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses. Da die Zusammensetzung und die Handlungsweise des Gläubigerausschusses, was die hier zu beurteilenden Sachverhalte betrifft, zu keinerlei Beanstandung Anlass gibt (vgl. E. 9.3–9.7 und 13), ist von dieser Massnahme abzusehen. Soweit die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses namentlich im Hinblick auf den Verkauf der Grundstücke Nr. X und Y Fragen aufwirft (vgl. E. 9.6.3 und 9.7), ist die Absetzung von Mitgliedern des Ausschusses nicht mehr geeignet, allfällige Missstände zu beheben, wurde doch der Grundstückverkauf bereits vollzogen.

11.4.2 Überdies bringt der Beschwerdeführer vor, die Beschwerdegegnerin sei fachlich unfähig, das Amt der Liquidatorin weiter auszuüben. Diese Behauptung wird nicht mit konkreten Anhaltspunkten untermauert. Die Beschwerdegegnerin hat im Zeitpunkt des vorliegenden Entscheides nur noch wenige Aufgaben auszuführen, die durch den vorliegenden Entscheid weitgehend vorgezeichnet sind. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin als im Handelsregister des Kantons Luzern eingetragenes Treuhandunternehmen genügend qualifiziert ist, diese Aufgaben wahrzunehmen. ...

11.4.4 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin habe sich wegen der subsidiären Haftung aus der Barkautionsache und anderen Verfahrensmängeln in einem Interessenkonflikt befunden. Hierzu ist zu bemerken, dass für Schaden, den die Liquidatoren bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihnen das Gesetz zuweist, widerrechtlich verursachen, nicht die Liquidatoren, sondern der Kanton haftet (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen die Liquidatoren zu (Art. 5 Abs. 2 SchKG). Indes kann der Kanton, sofern er dem Geschädigten Ersatz geleistet hat, auf die Liquidatoren Rückgriff nehmen, wenn diese den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet haben (Art. 5 Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 des Haftungsgesetzes vom 24. September 1989 [HG; GDB 130.3]). Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit soll den Beamten dazu zwingen, ein Amt entsprechend der geltenden Rechtsordnung zu führen und widerrechtliche Akte zu unterlassen (Hans Rudolf Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, Zürich 1970, 26). Die Liquidatorin sollte deshalb, gerade weil der Kanton auf sie Rückgriff nehmen kann, daran interessiert sein, bei der Ausübung ihrer Aufgaben keinen Schaden zu verursachen bzw. bereits verursachten Schaden möglichst nicht zu vergrössern, d.h. das ihr übertragene Amt mit der erforderlichen Sorgfalt auszuüben. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin widerrechtlich Schaden verursacht hätte, steht sie im Hinblick auf die Ausführung des Amtes der Liquidatorin der Nachlassschuldnerin nicht in

einem Interessenkonflikt. Das Vorbringen des Beschwerdeführers erweist sich als unbegründet.

11.5 Nach dem Gesagten bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdegegnerin keine Gewähr für die Amtsführung nach den gesetzlichen Vorschriften bieten würde und demnach von ihrem Amt als Liquidatorin der Nachlassschuldnerin abzuberufen wäre. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

11.6 Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin sämtliche Handlungen im Zusammenhang mit der Verteilungsliste und der Abtretung von Ansprüchen der Liquidationsmasse zu verbieten. Diesem Begehren kam der Obergerichtspräsident einstweilen mit Verfügung vom 10. Mai 2012 nach. Nach dem Gesagten bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdegegnerin keine genügende Gewähr für die Amtsführung nach den gesetzlichen Vorschriften bieten würde. Das vom Obergerichtspräsidenten mit Verfügung vom 10. Mai 2012 erteilte Verbot ist daher aufzuheben.

## VI. Anweisungen an die Liquidatorin

12./12.1 Im Weiteren beantragt der Beschwerdeführer, die Liquidatorin sei anzuweisen, die der Grundstückskäuferin V. AG übertragene Barkautionsrestanz in noch unbekannter Höhe in die Liquidationsabrechnung der allgemeinen Masse einzustellen und diesen Betrag im Entwurf der Liquidationsrechnung des Grundstücks zu subtrahieren sowie alle Verteilungsberechnungen entsprechend anzupassen.

12.2/12.2.1 Wird die Verteilungsliste angefochten, kann die Aufsichtsbehörde in der Regel nur noch überprüfen, ob diese dem Kollokationsplan entspricht (BGE 105 III 155, E. 2; Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, a.a.O., N. 19 zu Art. 326 SchKG; Jäger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N. 26 zu Art. 326 SchKG). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die Verteilungsliste entspreche nicht dem Kollokationsplan. Vielmehr bringt er sinngemäss vor, die von der Nachlassschuldnerin an die Gemeinde E. im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens geleisteten Barkautionen seien der Käuferin der Grundstücke Nr. X und Y zu Unrecht übertragen worden. Diese Kautionen seien daher vom Verkaufserlös abzuziehen und in die Liquidationsmasse einzustellen.

12.2.2 Aus dem Kaufvertrag über die Grundstücke Nr. X und Y ergibt sich, dass die von der Nachlassschuldnerin bezahlten Baubewilligungs- und Anschlussgebühren bei der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigt wurden und auf die Käuferin übergehen. Der Beschwerdeführer macht nun geltend, dies sei nicht zulässig. Indes hätte er den Verkauf der Grundstücke an die V. AG und die Bedingungen des Kaufvertrages mittels Beschwerde anfechten (vgl. AbR 1996/97 Nr. 26 mit Hinweisen) und die Übertragung der Barkaution auf die Grundstückskäuferin beanstanden können. Der Beschwerdeführer liess hingegen den Freihandverkauf unangetastet. Die von der Nachlassschuldnerin geleisteten Barkautionen gingen auf die V. AG über. Im vorliegenden Verfahren ficht der Beschwerdeführer die Verteilungsliste mit Schlussrechnung an. Es steht der Aufsichtsbehörde daher nicht zu, die Bedingungen des Verkaufs der Grundstücke Nr. X und Y zu beurteilen. Dies wird vom Beschwerdeführer jedoch beantragt. Würde die Barkaution vom Verkaufserlös der Grundstücke abgezogen und in die Masse eingestellt, würde im Er-

gebnis die Übertragung der Barkaution auf die Grundstückskäuferin rückgängig gemacht. Die Bedingungen des Kaufvertrages vom 25. Februar 2011 würden durch die Hintertür abgeändert. Das Vorbringen des Beschwerdeführers ist daher nicht zu hören. Dies hat er sich weitgehend selbst zuzuschreiben, liess er doch den Grundstücksverkauf unangefochten. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen. ...

### VIII. Feststellung des Ausstandes

14./14.1 Der Beschwerdeführer beantragt im Übrigen, es sei festzustellen, dass sich der Verwaltungsratspräsident der G. AG und von dieser in den Gläubigerausschuss entsandte P. sowie ein neu von der B. AG in den Gläubigerausschuss allenfalls zur Entsendung beabsichtigtes Mitglied aufgrund von Interessenkollisionen bezüglich der Abrechnung von allen geleisteten Barkautionen gegenüber der Gemeinde E. bei diesbezüglicher Beschlussfassung im Ausstand befinden. Hierzu führt der Beschwerdeführer aus, die Beschwerdegegnerin habe es unter ausdrücklicher Duldung der interessenkollidierten Mitglieder des Gläubigerausschusses unterlassen, das Schicksal der geleisteten Barkautionen abschliessend aufzuklären, obwohl sie hierzu unzählige Male aufgefordert worden sei. Im Rahmen der Aufsichtskompetenz sei es unter diesen Umständen angezeigt, dass die Aufsichtsbehörde das Vorliegen der Interessenkollision feststelle und derart abschliessende Rechtssicherheit begründe, was die zukünftige Beschlussfassung in diesem Themenkreis betreffe.

14.2 Nach dem Gesagten muss die Beschwerde einem praktischen Verfahrenszweck dienen. Wird mit der Beschwerde kein praktischer Verfahrenszweck verfolgt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. An einem Verfahrenszweck mangelt es, wenn die Beschwerde nicht auf die Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder die Anordnung einer bisher verweigerten oder verzögerten Amtshandlung gerichtet ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn lediglich die Feststellung bestimmter Umstände beantragt wird (BGE 120 III 87, E. 1b; 105 III 35, E. 1; 99 III 58, E. 2; Amonn/Walther, a.a.O., § 6 N. 2; Cometta/Möckli, a.a.O., N. 7 zu Art. 17 SchKG; Dieth, a.a.O., 57; Lorandi, a.a.O., N. 8 zu Art. 17 SchKG). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers dient die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG nicht dazu, abschliessende Rechtssicherheit in einem bestimmten Themenkreis zu schaffen. Die Aufsichtsbehörde soll nicht angerufen werden können, um Rechts- oder Tatfragen allgemeiner Natur zu beantworten. Der Schaffung von Rechtssicherheit dient die Beschwerde nur im konkreten Einzelfall, d.h. soweit die Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder das Vorliegen einer Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung zu beurteilen ist. Es obliegt daher nicht der Aufsichtsbehörde, für die Zukunft festzustellen, dass sich P. bzw. die G. AG und die B. AG in Bezug auf bestimmte Beschlüsse im Ausstand befinden. In diesem Punkt ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dem Beschwerdeführer steht es jedoch offen, im Rahmen künftiger Beschlüsse den Ausstand der G. und der B. AG zu beantragen und die allfällige Verletzung von Ausstandspflichten mittels Beschwerde zu rügen (vgl. Sprecher, a.a.O., N. 729).

**Art. 11 und Art. 125 Abs. 2 StGB; Art. 83 UVG; Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 35 Abs. 2 BauAV**  
**Fahrlässige schwere Körperverletzung durch Unterlassen der erforderlichen Sicherheitsmassnahmen durch den Arbeitgeber eines Dachdeckers.**

Entscheid des Obergerichts vom 6. November 2013

Aus den Erwägungen:

I. Beweiswürdigung

1./1.1 Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Die Beweise müssen beim Richter die Überzeugung für die von ihm zu ziehenden Schlüsse zu wecken vermögen. Damit eine Verurteilung erfolgen kann, ist erforderlich, dass der Richter eine persönliche Gewissheit hinsichtlich der Tatschuld hat. Eine bloss Vermutung oder Wahrscheinlichkeit reicht hierfür nicht aus. Zweifel sind immer möglich und eine absolute Gewissheit kann nicht verlangt werden. Eine bloss theoretische, entfernte Möglichkeit, dass der wirkliche Sachverhalt anders sein könnte, reicht deshalb nicht aus, um einen Freispruch zu begründen. Es müssen vielmehr erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel vorliegen. Für einen Schuldspruch genügt es daher, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Beschuldigten ausgeschlossen werden können. Die Überzeugung des Richters muss auf einer gewissenhaften Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt und der Beweislage beruhen. Die Schlüsse, die er zieht, müssen objektivier- und nachvollziehbar sein (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 10 N. 6; Thomas Hofer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 61 zu Art. 10; OGE A 09/008 i.S. A.G. vom 3. November 2010, E. 3; OGE AS 11/015 i.S. T.W. vom 11. April 2013, E. 1.2.1).

1.2 Neben dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht bei der Beurteilung des Täters auch die sog. Unschuldsvermutung zu beachten. Gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Zum Kerngehalt der Unschuldsvermutung gehört die Beweisregel "in dubio pro reo". Diese hat in Art. 10 Abs. 3 StPO Eingang gefunden. Art. 10 Abs. 3 StPO bestimmt, dass das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage ausgeht, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Der Grundsatz "in dubio pro reo" enthält zwei Ausrichtungen. Es ist Sache der Anklagebehörde, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen. Misslingt der Beweis gänzlich, ist der Beschuldigte freizusprechen. In diesem Sinne wird der Grundsatz als Be-

weislastregel verstanden. Als Beweiswürdigungsregel bedeutet der Grundsatz "in dubio pro reo", dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Richter entweder trotz vorhandenen erheblichen und unüberwindlichen Zweifeln schuldig spricht oder wenn er verurteilt, obwohl er an der Schuld des Beschuldigten hätte zweifeln müssen (vgl. Esther Tophinke, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 82 f. zu Art. 10; BGE 127 I 38; Urteil des Bundesgerichts 1P.121/2007 vom 5. März 2008, E. 2.1).

## II. Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung

2./2.1 Wer fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt, wird auf Antrag bestraft (Art. 125 Abs. 1 StGB). Ist die Schädigung schwer, so wird der Täter von Amtes wegen verfolgt (Art. 125 Abs. 2 StGB). Eine schwere Körperverletzung liegt bei lebensgefährlichen Verletzungen vor (vgl. Art. 122 Abs. 1 StGB).

2.2 B. zog sich aufgrund seines Sturzes durch das Dach (ca. 6.5 Meter in die Tiefe) schwere Verletzungen zu, unter anderem ein Schädel-Hirn-Trauma und ein Spannungspneumothorax. Die erlittenen Verletzungen waren in ihrer Summe lebensgefährlich. Der tatbestandsmässige Erfolg der schweren Körperverletzung ist damit gegeben.

3./3.1 Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB).

### 3.2

Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Körperverletzung setzt voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist ein Verhalten, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat. Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Dabei bestimmt sich die Vorsicht durch die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse des Täters, weil naturgemäss nicht alle tatsächlichen Gegebenheiten in Vorschriften gefasst werden können. Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung bildet die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen für den konkreten Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein. Zunächst ist daher zu fragen, ob der Täter eine Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte voraussehen beziehungsweise erkennen können und müssen. Für die Beantwortung dieser Frage gilt der Massstab der Adäquanz. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie

den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Die Adäquanz ist nur zu verneinen, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden des Opfers beziehungsweise eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbare Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Beschuldigten – in den Hintergrund drängen (BGE 135 IV 56, E. 2.1 mit Hinweisen). Ob eine Handlung im Sinne der Adäquanztheorie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zu begünstigen, muss ex ante, d.h. vom Zeitpunkt des Handelns aus, entschieden werden; denn die nachträgliche (bessere) Kenntnis der Zusammenhänge kann nicht darüber entscheiden, ob eine Handlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme erlaubt oder verboten war (BGE 135 IV 56, E. 2.2 mit Hinweisen).

3.3 Damit der Eintritt des Erfolgs auf das pflichtwidrige Verhalten des Täters zurückzuführen ist, reicht allerdings seine Vorhersehbarkeit nicht aus. Weitere Voraussetzung ist, dass der Erfolg auch vermeidbar war. Dabei wird ein hypothetischer Kausalverlauf untersucht und geprüft, ob der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters ausgeblieben wäre. Für die Zurechnung des Erfolgs genügt, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete (BGE 135 IV 56, E. 2.1 mit Hinweisen).

3.4 Gebieten besondere Normen, namentlich solche, die der Sicherheit und Unfallverhütung dienen, ein bestimmtes Verhalten, richtet sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Das Gleiche gilt für entsprechende allgemein anerkannte Verhaltensregeln, auch wenn diese von einem privaten oder halböffentlichen Verband erlassen wurden und keine Rechtsnormen darstellen. Wo eine derartige Regelung fehlt, kann der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B\_734/2007 vom 25. Februar 2008, E. 3.6 mit Hinweisen). Danach muss derjenige, der einen Gefahrenzustand schafft, alles Zumutbare tun, damit die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.181/2002 vom 30. Januar 2003, E. 3.6 mit Hinweis; OGE A 09/014+017 i.S. K.A. vom 31. Januar 2011, E. 10.3). Vorliegend sind die gestützt auf Art. 83 UVG erlassenen Vorschriften über technische Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen einschlägig. Die Nichteinhaltung dieser Normen indiziert in aller Regel eine Sorgfaltswidrigkeit (BGE 114 IV 175).

### III. Begehung durch Unterlassen

4./4.1 Ein Verbrechen oder Vergehen kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden (Art. 11 Abs. 1 StGB). Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung dazu verpflichtet ist, namentlich aufgrund des Gesetzes, eines Vertrages, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr (Art. 11 Abs. 2 StGB). Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht

werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte (Art. 11 Abs. 3 StGB). Das Gericht kann die Strafe mildern (Art. 11 Abs. 4 StGB).

4.2 Ein fahrlässiges Erfolgsdelikt kann somit auch durch Unterlassen verübt werden. Voraussetzung ist in diesem Fall erstens eine Rechtspflicht zur Vornahme der unterlassenen Handlung (Garantenstellung) und zweitens die Möglichkeit, diese Handlung vorzunehmen. Zwischen der Unterlassung und dem Erfolg besteht der erforderliche Kausalzusammenhang, wenn bei Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Die blosse Möglichkeit des Nichteintrittes des Erfolges bei Vornahme der gebotenen Handlung reicht zur Bejahung dieses hypothetischen Zusammenhanges nicht aus (115 IV 191 mit Hinweisen).

#### IV. Garantenstellung

5. Zunächst ist zu prüfen, ob der Beschuldigte aufgrund einer Garantenstellung als Täter in Frage kommt.

5.1 Der Beschuldigte war Arbeitgeber von B. Es ist die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, Massnahmen zum Schutze der Arbeitnehmer zu ergreifen. Gemäss Art. 328 Abs. 2 OR ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle Massnahmen zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann. Im gleichen Sinn wird die Pflicht in Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) wiedergegeben. Was die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten betrifft, ist der Arbeitgeber auch gestützt auf das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) allgemein verpflichtet, alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind (Art. 82 Abs. 1 UVG). Darüber hinaus sind die gestützt auf Art. 83 UVG erlassenen Ausführungsvorschriften des Bundesrates und die übrigen Richtlinien zu beachten, welche die Pflicht des Arbeitgebers konkretisieren und für einzelne Arbeitsbereiche mit erhöhtem Gefahrenpotenzial zum Teil besonders umschreiben (Urteil des Bundesgerichts 6S.311/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3.2). Die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zu schützen, gilt auch gegenüber einem temporär ausgeliehenen Arbeitnehmer (vgl. Art. 10 Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, VUV, SR 832.30).

5.2 Nach der Rechtsprechung ist für die Zuweisung strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Unternehmen auf dessen Organisationsstruktur abzustellen und es können die Grundsätze der zivilrechtlichen Geschäftsherrenhaftung herangezogen werden. Im Zeitpunkt des Arbeitsunfalles war B. bei der S. GmbH angestellt. Deren Geschäftsführer und einziger Gesellschafter ist der Beschuldigte. Daher hat er die Verantwortung für die Organisation und die damit verbundene betriebliche Sicherheit zu tragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.311/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3.3).

5.3 Demzufolge kommt dem Beschuldigten eine Garantenstellung gegenüber seinem Arbeitnehmer B. zu, weshalb ihm eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung anzurechnen ist. Ob der Beschuldigte eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist im Weiteren zu prüfen.

#### V. Sorgfaltspflichtverletzung

6./6.1 Wie erwähnt, setzt ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Körperverletzung (auch durch Unterlassen) voraus, dass der Täter eine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Das Mass der zu beachtenden Sorgfalt bestimmt sich in erster Linie nach einschlägigen Vorschriften. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, dass dieser es entgegen der klaren Vorschriften von Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 35 der Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten vom 29. Juni 2005 (BauAV, SR 832.311.141) pflichtwidrig unvorsichtig unterlassen habe, die nicht durchbruchssichere Dachfläche vom Arbeitsbereich abzuschranken oder jene durchbruchssicher abzudecken und dadurch sicherzustellen, dass nicht ein Arbeitnehmer die nicht durchbruchssichere Dachfläche betrete.

6.2 Der Unfallhergang ist unbestritten. Der Beschuldigte betraute am 14. März 2011 den temporär angestellten Dachdecker B. zusammen mit dem Dachdecker A. mit Bedachungsarbeiten auf einem neuen Scheunenteil einer Scheune. Das Dach des neuen Scheunenteils wurde mit einem Auffangnetz unter der Tragkonstruktion gesichert. Unter dem alten Scheunendach, das aus Faserzement-Wellplatten bestand, wurde kein Auffangnetz montiert. Seitlich erfolgte die Sicherung der Arbeiter durch einen Spenglerlauf und mittels Seilsicherung. Am 21. März 2011, ca. 16.50 Uhr, wollte B. seinem Arbeitskollegen A., welcher sich beim Dachfirst aufhielt, Firstkappen bringen, damit dieser sie montieren kann. Die Firstkappen hatte B. nicht im flacheren Teil des neuen Dachs direkt unterhalb des Arbeitsbereiches, sondern aus nicht nachvollziehbaren Gründen unterhalb der nicht durchbruchssicheren alten Dachfläche deponiert. B. nahm von dort aus den diagonalen Weg über den alten und ungesicherten Dachteil. Dabei brach eine Faserzement-Wellplatte und B. stürzte durch das Dach ca. 6.5 Meter in die Tiefe. Faserzement-Wellplatten gelten als nicht durchbruchssicher.

6.3 Art. 82 Abs. 1 UVG statuiert die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, die erforderlichen und angemessenen Sicherheitsmassnahmen zu treffen. Die Bauarbeitenverordnung (BauAV) führt in Präzisierung dieser Bestimmung die für die Sicherheit erforderlichen Massnahmen auf Baustellen aus (vgl. Art. 83 UVG). Aus der Bauarbeitenverordnung lassen sich diejenigen Konstellationen ableiten, bei welchen entsprechende Massnahmen zu ergreifen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_691/2008 vom 20. Januar 2009, E. 3.2). Der Verordnungsgeber hat nach Anhören der unmittelbar beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen die Bauarbeitenverordnung erlassen (vgl. Art. 83 Abs. 1 UVG) und damit entschieden, welche Massnahmen von den Arbeitgebern im Sinne von Art. 82 Abs. 1 UVG ergriffen werden müssen. Es ist daher bei der vorliegenden Beurteilung, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, die Bauarbeitenverordnung massgebend.

Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b BauAV sind zur Gewährleistung der Sicherheit bei nicht durchbruchssicheren Flächen, Bauteilen und Abdeckungen Abschrankungen

anzubringen oder andere Massnahmen zu treffen, damit sie nicht versehentlich begangen werden. Nötigenfalls sind sie mit tragfähigen Abdeckungen oder Laufstegen zu überbrücken. Art. 35 Abs. 2 BauAV schreibt vor, dass wenn Arbeiten in der Nähe von nicht durchbruchssicheren Dachflächen auszuführen sind, diese gegenüber den Arbeitsbereichen abzuschranken oder durchbruchssicher abzudecken sind. Entgegen der Ansicht des Beschuldigten finden Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 35 Abs. 2 BauAV bei allen Bauarbeiten Anwendung. Es wird nicht zwischen Gross- und Kleinbaustellen unterschieden (vgl. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. a BauAV). Es kann dem Beschuldigten insbesondere nicht darin gefolgt werden, dass Art. 8 Abs. 2 lit. b BauAV für grössere Baustellen konzipiert wurde, da es bei diesen illusorisch sei, jeden Arbeiter über die relevanten Sicherheitsaspekte detailliert zu unterrichten und die Bestimmung daher dem Schutz des Arbeitnehmers diene, der in der Regel einen Wissensrückstand habe, weil er nur einen vom Arbeitgeber aufgetragenen Teilaspekt der Arbeiten ausführe. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung wird mit der Pflicht zur Abschrankung bezweckt, dass nicht durchbruchssichere Flächen nicht versehentlich begangen werden. "Versehentlich" meint nicht unwissend, sondern unabsichtlich oder nicht bedacht. Auch daraus wird klar, dass sich Art. 8 Abs. 2 lit. b BauAV nicht nur auf Grossbaustellen bezieht. Bei Baustellen, bei welchen der Arbeiter die Gefahrenzonen kennt – wie dies bei kleineren Baustellen regelmässig der Fall ist –, sind ebenso Schutzvorkehrungen gegen die Gefahr des versehentlichen Betretens einer nicht durchbruchssicheren Fläche zu treffen. Demzufolge sind Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 35 Abs. 2 BauAV auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

6.4 Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte zwischen dem neuen Dachteil, der mit einem Auffangnetz gesichert war, und dem alten, nicht gesicherten Dachteil keine Abschrankung angebracht oder andere Massnahmen getroffen hat. Damit hat der Beschuldigte die Vorschriften von Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 35 Abs. 2 BauAV verletzt. Auch wenn auf dem alten Dachteil keine Arbeiten vorgenommen werden mussten, zählt das gesamte Dach zur Baustelle, zumal der alte Dachteil unmittelbar an den neuen Dachteil grenzt. Daher mussten Sicherheitsmassnahmen getroffen werden, sei es durch Errichtung einer Abschrankung oder Anbringen eines Auffangnetzes unter dem alten Dachteil. Dem Beschuldigten ist daher eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen.

6.5 Die fehlende Abschrankung des alten Dachteils und das Fehlen von anderen Sicherheitsmassnahmen waren im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet, den Sturz von B. durch das Dach und die damit erlittenen Körperverletzungen mindestens zu begünstigen. Dass die alte Dachfläche beim Betreten durchbrechen kann, war für den Beschuldigten als ausgebildeter Bauspenglermeister ein bekanntes Risiko. Er wusste nach eigenen Angaben, dass die alten Faserzementplatten des alten Dachteils mit Schallungen oder Dachleitern belegt werden müssten, weil diese – im Gegensatz zu den neuen Faserzementplatten – kein Bruchband haben. Der alte Dachteil grenzte unmittelbar an den neuen Dachteil und bildete mit diesem eine durchgehende, jedoch farblich nicht einheitliche Fläche. Daher war es nicht abwegig, dass ein Arbeiter – sei es bewusst oder gedankenlos – die alte Dachfläche betrat. Insbesondere bei Arbeiten am Übergang vom neuen zum alten Dach war es durchaus denkbar, dass ein Arbeiter beim Tragen von Lasten nicht sehen konnte, wo er hintritt und so aus Unachtsamkeit versehentlich die alte Dachfläche betrat.

Daher konnte, selbst wenn nicht geplant war, Arbeiten vom alten Dachteil aus zu verrichten, keineswegs ausgeschlossen werden, dass das alte, ungesicherte Dach von den Arbeitern nicht trotzdem betreten werde. Der Beschuldigte war sich zudem bewusst, dass B. aufgrund seines Körpergewichts von ca. 120 kg bei Arbeiten auf dem Dach einer höheren Gefährdung ausgesetzt war. Für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs musste der Beschuldigte den Geschehensablauf nur in den wesentlichen Zügen voraussehen können. Das bedeutet, er musste nicht vorhersehen, dass B. aus nicht nachvollziehbaren Gründen die Firstkappen unterhalb der alten Dachfläche deponierte; sondern es genügt, dass er die Möglichkeit, dass einer seiner Arbeitnehmer den alten, nicht durchbruchssicheren Dachteil betritt, voraussehen konnte. Die Gefahr des Erfolgeintritts war somit nach dem Massstab der Adäquanz, welcher mindestens eine Begünstigung des Erfolgeintritts durch das Verhalten des Beschuldigten verlangt, voraussehbar.

Der adäquate Kausalzusammenhang könnte jedoch durch das Mitverschulden des Opfers B. unterbrochen worden sein (vgl. vorne, E. 3.2). Eine Befragung von B. zum Unfallereignis war aufgrund dessen Gesundheitszustandes nicht möglich. Gemäss dem Grundsatz "in dubio pro reo" darf das Gericht einen für den Beschuldigten ungünstigeren Sachverhalt nur annehmen, wenn bei objektiver Betrachtung keine erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen, dass sich der Sachverhalt so zugetragen hat. Liegen solche erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel vor, hat das Gericht demzufolge vom für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (vgl. vorne, E. 1.2). Der urteilende Richter muss hinsichtlich des Sachverhalts und des daraus folgenden Schuld- oder Freispruchs zur persönlichen Überzeugung gelangen. Dabei sind indes Zweifel immer möglich, sodass keine absolute Gewissheit verlangt werden kann. Es genügt daher für die Annahme eines für den Beschuldigten ungünstigeren Sachverhalts, wenn vernünftige Zweifel an dessen Verwirklichung ausgeschlossen werden können (vgl. vorne, E. 1.1). Vorliegend ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass B. die alte Dachfläche betrat, obwohl er grundsätzlich wusste, dass alte Dächer nicht durchbruchssicher sind und nicht betreten werden dürfen. B. wurde zumindest von A. auf diese Gefahr explizit hingewiesen. Ob der Beschuldigte ihn darauf aufmerksam gemacht hat, ist unklar. Gemäss Aussage von A. hatte der Beschuldigte keine diesbezügliche Anweisung gegeben, während der Beschuldigte dafür hält, allgemein darauf hingewiesen zu haben, dass der alte Dachteil nicht betreten werden dürfe. Dies hat indes keinen Einfluss auf den Umstand, dass B. die Gefahr von alten Dächern bekannt gewesen sein musste. Zudem ist anzunehmen, dass B. Kenntnis davon hatte, dass das alte Dach nicht mit einem Auffangnetz gesichert war, weil er bei der Besprechung betreffend die Montage des Auffangnetzes anwesend war. Es ist zu prüfen, ob B. das alte Dach in bewusster Selbstschädigung bzw. -gefährdung betreten hat. Für eine bewusste Selbstschädigung liegen keine Anhaltspunkte vor, sodass eine solche vernünftigerweise auszuschliessen ist. Fraglich bleibt eine bewusste Selbstgefährdung. Es ist davon auszugehen, dass B. um sein Körpergewicht von ca. 120 kg und die sich daraus ergebende erhöhte Gefahr wusste. Er wurde als Dachdecker – mit einer in Deutschland abgeschlossenen Anlehre – angestellt und hat für die Unternehmung des Beschuldigten bereits auf vielen Dächern mit A. Bedachungsarbeiten ausgeführt. Aufgrund seines hohen Körpergewichts muss es B. bewusst gewesen sein, dass die alte Dachfläche in seinem Fall beim Betreten bricht. Daraus kann geschlossen werden, dass B. den Weg über das alte Dach allenfalls aus Gedankenlosigkeit genommen hat. Da sich der Unfall um ca.

16.50 Uhr und damit gegen Ende des Arbeitstages ereignete, ist es denkbar, dass B. die nicht durchbruchssichere Dachfläche aus Unkonzentriertheit infolge Müdigkeit betreten hat. Der erkennbare Farbunterschied zwischen dem alten und dem neuen Dachteil vermag daran nichts zu ändern. Denn der Farbunterschied genügt nicht, um einen Arbeiter vom gedankenlosen Betreten des alten Dachs abzuhalten. Ist man unkonzentriert, kann leicht über einen solchen Farbunterschied hinweggesehen werden. Andererseits besteht indes auch die für den Beschuldigten günstigere, mögliche Sachverhaltsvariante, dass B. den Weg über den alten Dachteil nicht aus Gedankenlosigkeit, sondern diese vermeintliche Abkürzung aus Bequemlichkeit und mit dem Gedanken, es werde schon nichts geschehen, gewählt hat. Welche Beweggründe B. hatte, kann und muss jedoch nicht abschliessend beurteilt werden. Denn unabhängig von dessen Beweggründen ist festzuhalten, dass das Unterlassen der Vornahme von Sicherheitsvorkehrungen – für welche der Beschuldigte verantwortlich gewesen wäre – nicht derart untergeordnet ist, dass der eingetretene Erfolg als ausschliesslich durch den Geschädigten selber herbeigeführt scheint (vgl. BGE 125 IV 194; vgl. vorne, E. 3.2). Für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist nicht vorausgesetzt, dass das Verhalten des Beschuldigten die alleinige Ursache des Erfolges darstellt, sondern es genügt, wenn er durch sein Unterlassen zumindest eine Ursache für die Körperverletzung gesetzt hat (OGE A 08/001 i.S. T.C. vom 19. März 2009, E. 16c). Mit der unterlassenen Abschränkung bzw. der unterlassenen Sicherung des alten Dachs setzte der Beschuldigte eine Ursache für den Unfall, die durch das Verhalten von B. nicht in den Hintergrund gedrängt wurde. Hätte der Beschuldigte zumindest ein Warnband angebracht, wäre der nicht zu betretende alte Dachteil klar gekennzeichnet gewesen. B. hätte dieses Hindernis dann bewusst und in Kenntnis der damit verbundenen Gefahren überwinden müssen. Damit wäre die Verantwortung für sein selbstgefährdendes Verhalten allein bei ihm gelegen. In diesem Fall könnte dem Beschuldigten nicht vorgehalten werden, eine Ursache für den Unfall gesetzt zu haben. Er hätte vielmehr die ihm vorgeschriebenen Sicherungspflichten erfüllt. Für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs kommt entscheidend hinzu, dass der Beschuldigte als Arbeitgeber eine Garantenstellung zugunsten von B. innehatte (vgl. vorne, E. 5). Angesichts der sich daraus ergebenden Schutzpflicht des Beschuldigten gegenüber seinem Arbeitnehmer vermag das Verhalten von B. gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Zurechnung des tatbestandsmässigen Erfolges zum Beschuldigten nicht auszuschliessen (vgl. BGE 125 IV 194 mit Hinweisen). Der adäquate Kausalzusammenhang ist folglich gegeben.

Dieses Ergebnis fügt sich in die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts ein, wonach der adäquate Kausalzusammenhang bzw. die Vorhersehbarkeit bei Unfällen auf Baustellen mangels genügender Sicherheitsvorkehrungen überwiegend bejaht wird (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6P.128/2005 vom 27. April 2006, 6B\_516/2009 vom 3. November 2009, 6B\_566/2011 vom 13. März 2012, 6B\_543/2012 vom 11. April 2013).

Dem Gesagten zufolge liegt kein Selbstverschulden B. vor, das den adäquaten Kausalzusammenhang unterbricht. Jedoch wäre ein Selbstverschulden im Rahmen einer Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen (vgl. Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 OR). Da vorliegend keine Zivilansprüche geltend gemacht wurden, kann diese Beurteilung indes offen bleiben.

6.6 Sodann stellt sich die Frage, ob der tatbestandsmässige Erfolg durch das Anbringen einer Abschränkung vermeidbar gewesen wäre. Zu betonen ist, dass unter einer Abschränkung nicht bloss eine Markierung (z.B. durch Bänder am Boden), sondern eine Absperrung oder eine Art Barriere (z.B. ein über dem Boden gespanntes Warnband) zu verstehen ist. Dort, wo B. von der neuen auf die alte Dachfläche gelangte, hätte ohne Weiteres eine Abschränkung angebracht werden können. Denn das Dach war dort mit einer Steigung von 8° flach. Hätte der Beschuldigte zwischen dem alten und dem neuen Dachteil eine Abschränkung errichtet, hätte B. die alte Dachfläche mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht betreten, da ein Übersteigen der Abschränkung mit einer zu tragenden Last von ca. 30 kg zu umständlich gewesen wäre und die Wegabkürzung keinen zeitlichen Gewinn gebracht hätte. In der Folge hätte sich B. bei Vorhandensein einer Abschränkung nicht die erlittenen schweren Verletzungen zugezogen. Der tatbestandsmässige Erfolg war damit vermeidbar.

6.7 Zusammenfassend hat sich der Beschuldigte der fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen schuldig gemacht.

17

#### **Art. 229 StGB; Art. 34 Abs. 4 SVG**

**Die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Verletzung der Art. 229 StGB und Art. 34 Abs. 4 SVG erfolgte zu Unrecht. Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde. Der Begriff des Bauwerks ist weit zu verstehen und umfasst auch die notwendigen Hilfskonstruktionen. Genügender Abstand beim Rechtsfahren. Ein sich im Bereich der Baustelle am Rand einer öffentlichen Strasse befindlicher Bauarbeiter gilt als Fussgänger.**

Entscheid des Obergerichts vom 13. August 2013

Sachverhalt:

H. war gemäss polizeilich ermitteltem Sachverhalt am Montag, 9. Juli 2012, zwischen 17.05 und 17.10 Uhr auf der Baustelle zwischen den Hausnummern X und Y im Gebiet M. in Engelberg mit dem Entleeren eines mit Beton gefüllten Lastwagens (Betonmischer) beschäftigt. Um den regulären Strassenverkehr passieren zu lassen, musste der Betonmischer die Strasse frei machen. Das erste Fahrzeug war ein Muldenkipper (sogenannter Dumper). Als der Fahrer des Muldenkippers bei der Baustelle vorbeifuhr, stand H. am Strassenrand und lenkte den Baukran mit dem gefüllten Betonkübel auf die Baustelle. Er erschrak als er den vorbeifahrenden Muldenkipper wahrnahm, wich einige Schritte zurück und stürzte über die Abschränkung in die dortige fünf Meter tiefe Baugrube, wo er verletzt liegen blieb.

Aus den Erwägungen:

1./1.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Staatsanwaltschaft lasse unbeachtet, dass gemäss den polizeilichen Ermittlungen der Unfall hätte verhindert werden können, wenn eine genügende Bauabschränkung vorhanden gewesen wäre. Sie habe offenbar nie in Erwägung gezogen, eine Strafuntersuchung gegen die Verantwortlichen der Baustelle einzuleiten. Eine Baustelle müsse jedoch sicher sein, was vorliegend offensichtlich nicht der Fall gewesen sei. Es seien durchgerostete Eisenstangen für die Anbringung der Holzlatten verwendet worden. Die Abschränkung habe daher ihre Aufgabe nicht erfüllen können. Vielmehr habe sich die Gefahr verwirklicht, dass er in die fünf Meter tiefe Baugrube gefallen sei. Für die Staatsanwaltschaft sei es ein Leichtes, die entsprechenden Verantwortlichen zu eruieren, ein Strafverfahren zu eröffnen und die notwendigen Untersuchungen durchzuführen. ...

1.2.2 Zur gerügten (fahrlässigen) Verletzung der Regeln der Baukunde (Art. 229 StGB) führt die Staatsanwaltschaft aus, Art. 125 StGB (fahrlässige Körperverletzung) gehe dieser Bestimmung vor, wenn – wie vorliegend – ausser dem Beschwerdeführer keine weiteren Personen gefährdet gewesen seien. Dieser habe jedoch keinen Strafantrag gestellt, auch bestünden keine Hinweise auf eine von Amtes wegen zu verfolgende schwere Schädigung im Sinne von Art. 125 Abs. 2 StGB. Art. 229 StGB finde jedoch ohnehin keine Anwendung, da die in Frage stehende Bauabschränkung weder ein Bauwerk noch ein mit dem zu erstellenden Neubau verbundenes Teil oder eine damit im Zusammenhang stehende Hilfskonstruktion darstelle. Vielmehr sei es eine blossе Abschränkung bzw. Abgrenzung der Baustelle. Der Zweck bestehe nicht darin, einen schreckhaften bzw. unkonzentrierten Bauarbeiter – wie den Beschwerdeführer – vor einem Sturz in den Graben zu schützen. Daher sei es unerheblich, dass der Winkel am betroffenen Pfosten gebrochen gewesen sei und die Bauabschränkung das Gewicht des Beschwerdeführers nicht mehr habe halten können. Somit bestehe kein hinreichender Tatverdacht.

1.3 Die Staatsanwaltschaft verfügt nach Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind.

Wer vorsätzlich bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser Acht lässt und dadurch wesentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden (Abs. 1). Lässt der Täter die anerkannten Regeln der Baukunde fahrlässig ausser Acht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (Abs. 2). Die Tathandlung gemäss Art. 229 StGB besteht in der Nichtbeachtung von anerkannten Regeln der Baukunde bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes. Der Tatbestand kann sowohl durch aktives unsachgemässes Handeln als auch durch Unterlassen gebotener Schutzmassnahmen erfüllt werden. Art. 229 StGB statuiert im Ergebnis eine Garantenstellung des Täters, indem er Personen, die im Rahmen der Leitung oder Ausführung von Bauwerken Gefahren schaffen, anhält, für ihren Verantwortungsbereich die Sicherheitsregeln einzuhalten (Urteil

des Bundesgerichts 6B\_543/2012 vom 11. April 2013 E. 1.3.3 mit Hinweisen). Art. 229 StGB ist neben Art. 125 StGB anwendbar, wenn eine Person wegen Nichteinhaltens der Regeln der Baukunde verletzt wurde, während andere Personen gefährdet wurden. (Ideal-) Konkurrenz liegt auch vor, wenn das Opfer verletzt und überdies sein Leben gefährdet wurde (Urteil des Bundesgerichts a.a.O. E. 1.3.1 mit Hinweisen).

1.4 Die von der Vorinstanz angeführte Argumentation, weshalb keine Verletzung der Regeln der Baukunde vorliegen soll, geht an der Sache vorbei. Der Begriff des Bauwerks ist weit zu verstehen und umfasst nicht nur das eigentlich zu erstellende Werk, sondern auch die dazu notwendigen Hilfskonstruktionen (Bruno Roelli/Petra Fleischanderl, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N. 7 zu Art. 229 StGB; Stefan Trechsel/Thomas Fingerhuth, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N. 2 zu Art. 229 StGB). Hilfskonstruktionen erschöpfen sich dabei nicht nur auf Produkte, welche die eigentliche Bautätigkeit ermöglichen (wie etwa ein Baugerüst), sondern diese auch sichern. Dabei ist selbstverständlich, dass ein Baugerüst mit entsprechenden Geländern auszurüsten ist, um ein Herunterfallen der Bauarbeiter zu verhindern oder zumindest zu erschweren, obwohl die Sicherungen für den eigentlichen Bau nicht notwendig sind. Dasselbe hat für die Sicherung der Baugrube, in der das Bauwerk ausgeführt wird, zu gelten. Die im vorliegenden Fall fünf Meter tiefe Baugrube grenzte unmittelbar an den Strassenrand der öffentlich befahr- und begehbaren M.-Strasse in Engelberg an und war entsprechend zu sichern. Die Abschränkung hat dabei nicht nur die Bauarbeiter während der Bauzeit, sondern rund um die Uhr auch Passanten oder etwa spielende Kinder vor einem wie auch immer begründeten Sturz in die Baugrube zu schützen. Da der Beschwerdeführer in die Grube gefallen ist, bestehen berechnete Zweifel, ob die durchgerosteten Eisenstangen als Halterung für die Abschränkung geeignet waren. Die Staatsanwaltschaft wird dies zu untersuchen haben. Entsprechend verletzte die Staatsanwaltschaft Bundesrecht, indem sie die Strafuntersuchung in diesem Punkt nicht eröffnet hat.

2./2.1 Der Beschwerdeführer rügt, es sei unverständlich, weshalb die Staatsanwaltschaft gegen P., der mit seinem Muldenkipper an ihm vorbeigefahren sei, keine Untersuchung eröffnet habe. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sei in allen Situationen ein genügender Abstand zu anderen Verkehrsteilnehmern – auch Fussgängern – einzuhalten, damit diese nicht gefährdet oder behindert würden. Entgegen der Vorinstanz sei eine Berührung zwischen Fahrzeug und Fussgänger nicht notwendig, um den Tatbestand von Art. 34 Abs. 4 SVG zu erfüllen. Bei einer Strassenbreite von 3,35 Metern und einer Fahrzeugbreite von 2,55 Metern blieben bei einem minimalen Abstand von 10 Zentimetern zum anderen Strassenrand nur noch knapp 70 Zentimeter Strassenraum. Es sei vor diesem Hintergrund erstellt, dass P. mit dem Muldenkipper nur in einem Abstand von ca. 10–20 Zentimeter an ihm vorbeigefahren sei. Zu berücksichtigen sei, dass es sich beim Muldenkipper um ein grossdimensioniertes Fahrzeug handle. Schon an der Front sei es über zwei Meter und seitlich der Kabine sogar drei Meter hoch. Zudem habe es riesige, freistehende Räder. Es sei daher natürlich, dass er bei diesen Fahrzeugmassen und dem geringen Abstand erschrocken sei und habe zurückweichen wollen. P. habe gegenüber der Polizei ausgesagt, dass er gesehen habe, wie er (der Beschwerdeführer) sich auf den Kran bzw. den durch den Kran gelenkten Betonkübel konzentriert

habe. Er habe daher gewusst, dass er ihn nicht gesehen habe, weshalb er ein Warnsignal hätte geben müssen. Da er dies nicht gemacht habe, sei er wegen seiner rücksichtslosen Verhaltens- und Fahrweise für den Unfall zu ahnden.

2.2 Die Staatsanwaltschaft führt aus, die behauptete und von der Polizei rapportierte Verletzung von Art. 34 Abs. 4 SVG (ungenügender Abstand beim Kreuzen) sei nicht im Ansatz gegeben. Die vom Beschwerdeführer angeführten Bundesgerichtsentscheide hätten nicht vergleichbare Sachverhalte betroffen. Der Beschwerdeführer sei vorliegend kein Fussgänger gewesen, weshalb auch die angeführten Fälle, in denen mit einem ungenügenden Abstand an einem Fussgänger vorbeigefahren worden sei, nicht einschlägig seien. Zudem sei der Muldenkipper mit 2,55 Metern genau gleich breit wie normale Lastwagen. Die Breite sei somit auch identisch mit dem Betonmischer, den der Beschwerdeführer vor seinem Unfall entleert habe. Weshalb der Muldenkipper weniger rechts als der Betonmischer gefahren sein soll, sei nicht ersichtlich und werde auch nicht dargelegt. Beide seien an derselben Stelle durchgefahren, und der Beschwerdeführer habe am Strassenrand gestanden. Eine Berührung zwischen Muldenkipper und Beschwerdeführer sei nicht nachweisbar und von Letzterem auch nie behauptet worden. Der Unfall habe sich um 17.05 Uhr am Ende des Arbeitstages ereignet, was die Vermutung, der Beschwerdeführer sei unkonzentriert gewesen, unterstreiche. Nachdem der Beschwerdeführer den Muldenkipper nicht gesehen haben will, hätte er ihn zumindest hören können bzw. sollen. Der Vorwurf, der Fahrer des Kippers hätte warten und hupen sollen, sei nicht nachvollziehbar. Durch Hupen wäre der Beschwerdeführer erst recht erschrocken, was sich vermutlich ebenso verhängnisvoll ausgewirkt hätte.

2.3 Nach der Bestimmung von Art. 34 Abs. 4 SVG ist gegenüber allen Strassenbenützern ein ausreichender Abstand zu wahren, namentlich beim Kreuzen und Überholen sowie beim Neben- und Hintereinanderfahren. Diese Abstandsregel richtet sich sowohl an motorlose Fahrzeuge als auch an Motorfahrzeuge und gilt ebenfalls gegenüber Fussgängern (Urteil des Bundesgerichts 6S.366/2004 vom 16.02.2005 E. 2.3 mit Hinweisen).

2.4. Die Begründung der Vorinstanz, weshalb die Tatbestandsmässigkeit von Art. 34 Abs. 4 SVG „nicht im Ansatz“ gegeben sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Entgegen ihren Ausführungen ist ein sich am Strassenrand aufhaltender Bauarbeiter sehr wohl ein Fussgänger. Entsprechend finden die einschlägigen Vorschriften des Strassenverkehrsrechts zum Kreuzen mit anderen Verkehrsteilnehmern und die dazugehörige bundesgerichtliche Rechtsprechung Anwendung. Unbehelflich ist auch die Argumentation, der Muldenkipper weise die gleichen Breitenmasse auf wie der Betonmischer. Zum einen lässt sich aus diesem Umstand nichts zur Fahrweise des Fahrers des Muldenkippers ableiten, zum anderen hielt der Betonmischer zum Entlad des Betons bei der Baustelle an, während der Muldenkipper die Strasse ohne Halt befuhr. Die von der Vorinstanz erwähnte Vermutung, dass der Beschwerdeführer abends nach 17 Uhr unkonzentriert gewesen sein könnte, ist nicht entscheidend. Ebenso wenig ist relevant, dass der Beschwerdeführer den Muldenkipper hätte sehen müssen oder ihn zumindest hören sollen. Massgeblich ist, dass gemäss Art. 26 Abs. 2 SVG für den jeweiligen Fahrzeugführer unter anderem besondere Vorsicht geboten ist, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich ein Strassenbenützer nicht richtig verhalten wird, etwa wenn er – wie vorliegend – unaufmerksam gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern ist. Diesfalls ist es

durchaus angezeigt, die Fahrt zu verlangsamen bzw. anzuhalten und ein Warnsignal abzugeben (Art. 40 Abs. 1 SVG; hierzu illustrativ das Urteil des Bundesgerichts 6B\_272/2011 vom 9. August 2011 E. 2.3). Dass der Beschwerdeführer durch blosses Hüpen in die Grube gefallen wäre, ist wenig einleuchtend, zumal dieser gemäss Polizei aufgrund des vorbeifahrenden Fahrzeugs in geringem Abstand erschrocken und einige Schritte nach hinten getreten ist. Ein frühzeitig abgegebenes Warnsignal hätte kaum eine solche „Schockwirkung“ erzeugen können.

Die Vorinstanz scheint schliesslich zu Unrecht davon auszugehen, dass zur Tatbestandserfüllung von Art. 34 Abs. 4 SVG eine Berührung der betroffenen Verkehrsteilnehmer stattfinden müsste, was nicht zutreffend ist. Massgeblich für die Einhaltung eines ausreichenden Abstands der Verkehrsteilnehmer sind die Fahrbahnbreite, die Verkehrs- und Sichtverhältnisse, die Geschwindigkeit sowie das konkrete Verhalten des Fussgängers im Einzelfall (vgl. hierzu Philipp Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, N 45 zu Art. 34 SVG mit Hinweisen auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die Staatsanwaltschaft verletzt somit Bundesrecht, indem sie die Strafuntersuchung in Bezug auf den Tatvorwurf der Verletzung von Art. 34 Abs. 4 SVG ohne nähere Untersuchung der Tatumstände nicht eröffnet hat.

3. Zusammenfassend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Tatbestände von Art. 229 StGB und Art. 34 Abs. SVG offensichtlich nicht erfüllt sind. Die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft vom 17. Dezember 2012 erfolgte – gestützt auf die zurzeit vorhandenen Untersuchungsergebnisse – zu Unrecht. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zu weiteren Abklärungen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

18

#### **Art. 97 SVG**

**Der Ausweisinhaber darf, auch wenn er die Verkehrsabgaben nicht bezahlt hat, von der Weitergeltung des Fahrzeugausweises ausgehen, solange ihm keine Entzugsverfügung zugestellt worden ist; die Zustellungsfiktion ist nicht anwendbar.**

Entscheid des Obergerichts vom 2. März 2013

Aus den Erwägungen:

3. Das Kantonsgericht sprach den Angeklagten schuldig wegen Nichtabgabe der Kontrollschilder ab 11. November 2009 und ab 17. März 2010.

3.1 Gemäss Art. 97 Ziff. 1 Abs. 2 SVG (in der bis zum 31. Dezember 2011 gültigen Fassung) macht sich strafbar, wer ungültige oder entzogene Ausweise oder Kontrollschilder trotz behördlicher Aufforderung nicht abgibt. Gemäss

Art. 106 Abs. 2 lit. c VZV kann der Fahrzeugausweis – und damit auch die Kontrollschilder – entzogen werden, wenn die Fahrzeugsteuern oder -gebühren nicht entrichtet wurden.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann bei der behördlichen Aufforderung im Zusammenhang mit der Nichtabgabe von Kontrollschildern jedoch nicht auf die Zustellungsfiktion abgestellt werden. Wer die Verkehrssteuern oder -gebühren nicht bezahlt, muss zwar damit rechnen, dass ihm gestützt auf Art. 16 Abs. 4 SVG der Fahrzeugausweis entzogen wird. Doch ergibt sich daraus keine Pflicht, sich bei ausstehenden Rechnungen über Verkehrssteuern oder -gebühren darum zu kümmern, ob der Fahrzeugausweis noch nicht entzogen worden sei und ob nicht allenfalls Ausweis und Schilder innert einer bestimmten Frist zurückzugeben seien. Der Ausweisinhaber darf vielmehr von der Weitergeltung des Fahrzeugausweises ausgehen, solange ihm keine Entzugsverfügung zugestellt worden ist. Der objektive Tatbestand des Missbrauchs von Ausweisen und Schildern gemäss Art. 97 Ziff. 1 Abs. 2 SVG ist daher nur erfüllt, wenn die Entzugsverfügung und die Rückgabebeforderung ordnungsgemäss eröffnet worden sind oder der Inhaber bei fehlerhafter Eröffnung gleichwohl zuverlässig Kenntnis von der ihm obliegenden Rückgabepflicht hat (Urteil des Bundesgerichts 6S.233/2002 vom 11. Juli 2002, E. 1.3).

3.2 Das Verkehrssicherheitszentrum OW/NW verfügte am 26. Oktober 2009 die Einziehung des Fahrzeugausweises und der Kontrollschilder für das Fahrzeug OW X. Halterin dieses Fahrzeuges ist die L. GmbH, deren Geschäftsführer der Angeklagte ist. Als Begründung für den Entzug wurde das Nichtbezahlen der Fahrzeugsteuern angegeben.

Ob dem Angeklagten diese Verfügung tatsächlich zugestellt wurde, ist den Akten nicht zu entnehmen. Der Angeklagte war sich bei der polizeilichen Befragung vom 20. Dezember 2009 nicht sicher, ob er die Verfügung erhalten hat. Bei der Befragung durch das Obergericht gab er jedoch an, die Verfügung erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben.

3.3 Am 10. März 2010 verfügte das Verkehrssicherheitszentrum OW/NW den Entzug des Fahrzeugausweises und der Kontrollschilder des Fahrzeuges OW X aufgrund des Aussetzens der Haftpflichtversicherung (Art. 68 Abs. 2 SVG und Art. 7 Abs. 2 VVV). Den Akten ist zu entnehmen, dass der Angeklagte diese Verfügung trotz Aufforderung nicht bei der Post abholte. Er gab jedoch bei der Befragung vor Obergericht an, dass er auch diese Verfügung per A-Post erhalten und zur Kenntnis genommen habe.

3.4 Soweit der Angeklagte rügt, dass zwischen nicht bezahlten Fahrzeugsteuern und dem Verbot, Auto zu fahren kein Zusammenhang bestehe, er sich die Kosten für die Abgabe und Abholung der Schilder nicht leisten könne und zudem aus beruflichen Gründen auf das Auto angewiesen sei, ist nicht auf die Rüge einzugehen. Wie in E. 3.1 erwähnt, bestimmt Art. 106 Abs. 2 lit. c VZV, dass die Kontrollschilder bei Nichtbezahlen der Fahrzeugsteuern einzogen werden können. Wenn der Angeklagte mit den Entzugsverfügungen nicht einverstanden war, hätte er gegen diese ein Rechtsmittel ergreifen können. Da er dies nicht getan hat, sind die Verfügungen in Rechtskraft erwachsen und somit nicht weiter zu prüfen.

3.5 Wie dargelegt ist aufgrund der Aussagen des Angeklagten davon auszugehen, dass er die Verfügungen des Verkehrssicherheitszentrums OW/NW trotz fehlendem Zustellnachweis erhalten und zur Kenntnis genommen hat. Er hat die Kontrollschilder jedoch nicht beim Verkehrssicherheitszentrum deponiert. Dass der Angeklagte die Steuern nachträglich bezahlt sowie den Versicherungsnachweis eingereicht hat, ändert, wie das Kantonsgericht richtig festhält, nichts an der Erfüllung der Strafnorm, da beides jeweils erst nach Ablauf der ihm gesetzten Frist geschah (Philippe Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich 2011, N. 12 zu Art. 97 SVG). Das Urteil des Kantonsgerichts ist daher im Hinblick auf den Schuldspruch wegen mehrfacher Nichtabgabe der Kontrollschilder zu bestätigen.

## VI. STRAFRECHTSPFLEGE

19

### **Art. 101 Abs. 3 StPO**

#### **Akteneinsichtsrecht des Aktionärs im Strafverfahren gegen einen Buchhalter der Aktiengesellschaft?**

Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 11. Juli 2013

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 102 Abs. 1 StPO entscheidet die Verfahrensleitung über die Akteneinsicht. A. meldete am 22. Februar 2013 Berufung an. Die Akten des Strafverfahrens wurden am 19. März 2013 dem Obergericht überwiesen. Am 8. April 2013 reichte A. beim Obergericht die Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2013 ein. Das Strafverfahren ist somit aktuell beim Obergericht hängig, wo sich auch die Verfahrensakten befinden. Entsprechend ist vorliegend für die Bewilligung zur Einsichtnahme in die Strafakten das Präsidium des Obergerichts zuständig.

2. Der Gesuchsteller verlangt Einsicht in die Akten des Strafverfahrens gegen A. (SG 12/001/II) und ersucht um Zustellung des Urteils des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2013.

2.1 Am Strafverfahren gegen A. (SG 12/001/II) ist der Gesuchsteller selbst nicht als Partei beteiligt. In Frage steht vorliegend somit die Einsichtnahme einer am Verfahren nicht beteiligten Drittperson in die Akten eines hängigen Strafverfahrens. Nach Art. 101 Abs. 3 StPO können am Verfahren nicht beteiligte Dritte die Akten einsehen, wenn sie dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegen-

den öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Die um Akteneinsicht ersuchenden Dritten brauchen kein rechtlich geschütztes Interesse nachzuweisen, ein schützenswertes Interesse genügt. Ein solches schützenswertes Interesse ist indes nicht leichthin zu bejahen. Bei der Interessenabwägung ist aufgrund der gesamten Umstände zu beurteilen, ob das schützenswerte Interesse im konkreten Fall genug schwer wiegt, um die entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen an der Geheimhaltung in den Hintergrund treten zu lassen. Mangels Nähe zum Verfahrensgegenstand ist bei Dritten die Interessenabwägung besonders sorgfältig vorzunehmen (vgl. Daniela Brüscheiler, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N. 11 zu Art. 101 StPO; Markus Schmutz, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar StPO, Basel 2011, N. 23 zu Art. 101 StPO).

2.2 Der Gesuchsteller möchte mit seinem Einsichtsgesuch Informationen über allfällige Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats der B. AG im Zusammenhang mit der dem ehemaligen Buchhalter A. vorgeworfenen Veruntreuung von Vermögenswerten der AG in Millionenhöhe erlangen. Es geht ihm dabei um die Prüfung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung der B. AG, insbesondere gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer C. und dem ehemaligen Finanzchef D.

2.2.1 Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Der Aktionär ist dann zur Verantwortlichkeitsklage legitimiert, wenn er in seiner Eigenschaft als Aktionär geschädigt wurde. Das Gesetz unterscheidet zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden. Mittelbar ist ein Schaden dann, wenn der Aktionär nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kommt. Der Aktionär wird etwa mittelbar geschädigt, wenn aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung eines Organs die Gesellschaft einen Schaden erleidet und dadurch die Beteiligung des Aktionärs an der Gesellschaft an Wert verliert. Demgegenüber liegt eine unmittelbare Schädigung des Aktionärs vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs ihn in seinem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der AG zu schmälern (vgl. Carl Baudenbacher, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Basel 2012, N. 15 f. zu Art. 754 OR).

Zur Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft ist der Aktionär gestützt auf Art. 756 OR befugt. Art. 756 Abs. 1 OR sieht vor, dass neben der Gesellschaft auch die einzelnen Aktionäre berechtigt sind, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Der Anspruch des Aktionärs geht dabei auf Leistung an die Gesellschaft. Für die mittelbar geschädigten Aktionäre gibt es indes keine Möglichkeiten, ihren eigenen Reflexschaden mittels Individualklage geltend zu machen. Nach den haftpflichtrechtlichen Grundsätzen gilt nur derjenige als geschädigt, dem ein direkter Schaden in seinem Vermögen zugefügt worden ist. Der Dritte, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden – bzw. mittelbaren Schaden – erleidet, besitzt grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher (vgl. Baudenbacher, a.a.O., N. 3 zu

Art. 754 OR; Lukas Handschin, in: Honsell/Vogt/Watter, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 756 OR; BGE 131 III 306, E. 3).

2.2.2 Durch die vom Beschuldigten A. getätigten unautorisierten Investitionen in Millionenhöhe, ist der B. AG ein erheblicher Schaden entstanden. Es ist davon auszugehen, dass die Aktien der B. AG durch diese Schädigung der Gesellschaft an Wert verloren haben, womit dem Gesuchsteller als Aktionär der B. AG ein mittelbarer Schaden entstanden sein dürfte. Seinen eigenen mittelbaren Schaden kann er nach dem Gesagten indes nicht mit Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Organe der Gesellschaft geltend machen. Ein unmittelbarer Schaden, der ihn zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber den Organen der B. AG berechtigen würde, ist dem Gesuchsteller sodann, soweit ersichtlich, nicht entstanden (vgl. Baudenbacher, a.a.O., N. 16 und 20 zu Art. 754 OR; BGE 132 III 564). Da der Gesuchsteller auch durch das Verhalten des Beschuldigten nicht unmittelbar in seinem eigenen Vermögen geschädigt wurde, steht ihm diesem gegenüber ebenfalls kein Schadenersatzanspruch zu. Insoweit ist dem Beschuldigten Recht zu geben. Allein aufgrund der fehlenden Klagebefugnis in Bezug auf seinen eigenen mittelbaren Schaden kann ein schützenswertes Interesse des Gesuchstellers im Sinne von Art. 101 Abs. 3 StPO aber nicht verneint werden. Der Gesuchsteller ist gestützt auf Art. 756 OR immerhin berechtigt, den Schaden der B. AG einzuklagen und Leistung an die Gesellschaft zu verlangen. Das schützenswerte Interesse des Gesuchstellers an der Einsichtnahme in die Strafakten des Verfahrens gegen A. ist indes aus anderen Gründen zu verneinen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

2.2.3 Ein Anspruch gestützt auf Art. 754 i.V.m. 756 OR kann nur entstehen, wenn eine aktienrechtliche Pflicht verletzt wurde. Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 716a OR für die Finanzkontrolle zuständig und hat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen inne (Ziff. 3 und 5). Nach Art. 717 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Der Gesuchsteller vermutet im Zusammenhang mit der unrechtmässigen Verwendung der Mittel der B. AG durch den Beschuldigten eine Verletzung der Pflichten des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung. Grundsätzlich hat der Gesuchsteller ein legitimes Interesse daran, sich über die Geschehnisse im Zusammenhang mit der Schädigung der B. AG und damit die Grundlagen für eine Verantwortlichkeitsklage zu informieren, bevor er tatsächlich gerichtlich gegen ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung der Gesellschaft vorgeht. Zu denken ist insbesondere auch an die möglichen finanziellen Folgen eines Prozesses. Die Akten des Strafverfahrens gegen den ehemaligen Buchhalter der B. AG, A. und insbesondere das Urteil des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2013 geben über ein mögliches Fehlverhalten des damaligen Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung jedoch keinen Aufschluss. Gegenstand des besagten Strafverfahrens waren bzw. sind lediglich die Verfehlungen von A. Das Verhalten der Verwaltungsräte bzw. der Geschäftsleitung der B. AG war nicht Gegenstand der Strafuntersuchung. Entsprechend wurden allfällige Pflichtverletzungen der Verwaltungsräte bzw. der Geschäftsleitung durch das Kantonsgericht auch nicht beurteilt. Das Kantonsgericht äusserte sich in seinem Strafurteil lediglich am Rande, im Zusammenhang mit der Beurteilung des Verschuldens von A., zu einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung der B. AG.

Aus den Akten des Strafverfahrens sowie dem Urteil des Kantonsgerichts ergeben sich somit keine relevanten Erkenntnisse für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung der B. AG. Um an die entsprechenden Informationen zu kommen, steht dem Gesuchsteller jedoch die Möglichkeit offen, den Verwaltungsrat um Auskunft zu ersuchen. Gemäss Art. 697 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen. Dieses Auskunftsrecht kann nötigenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden (Art. 697 Abs. 4 OR). Sodann besteht auch die Möglichkeit, vor Einleitung eines Verantwortlichkeitsprozesses beim zuständigen Gericht ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO einzureichen, damit gegebenenfalls die Prozesschancen im Voraus besser abgeschätzt werden können. Ein schützenswertes Interesse des Gesuchstellers an der Einsichtnahme in die Akten des Strafverfahrens gegen A. und das Urteil des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2012 (SG 12/001/II) nach Art. 101 Abs. 3 StPO besteht somit nicht.

2.3 Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV sind Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen öffentlich. Dementsprechend hält Art. 69 Abs. 1 StPO fest, dass die Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht und dem Berufungsgericht sowie die mündliche Eröffnung von Urteilen und Beschlüssen dieser Gerichte mit Ausnahme der Beratung öffentlich sind. Schliesslich sehen die Richtlinien des Obergerichts über die Information der Öffentlichkeit und den Verkehr mit den Medien vom 11. Dezember 2012 (RIVM) vor, dass Zeitpunkt und Gegenstand der öffentlichen Verhandlungen im Internet bekanntgemacht werden, das zuständige Gericht grundsätzlich durch mündliche Eröffnung des Entscheids und/oder durch Auflage des Entscheiddispositivs in der Gerichtskanzlei informiert und die Dispositive der Entscheide während 30 Tagen nach ihrer Eröffnung in der Gerichtskanzlei eingesehen werden können (Art. 5 Abs. 1 bis 3). Aus diesen Bestimmungen lässt sich zum einen kein Recht auf Einsicht in die Akten des fraglichen Strafverfahrens ableiten. Zum anderen wurde das Urteil des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2013 gleichentags mündlich eröffnet und begründet. Der Gesuchsteller hatte somit die Möglichkeit, der Urteilsverkündung beizuwohnen und anschliessend in der Gerichtskanzlei Einsicht in das Urteilsdispositiv zu nehmen. Die verfassungsmässigen und gesetzlichen Anforderungen an die Öffentlichkeit des Verfahrens wurden somit gewahrt. Weitergehende Informationsrechte stehen dem Gesuchsteller nicht zu.

3. Zusammenfassend ist dem Gesuchsteller die Einsicht in die Akten des gegen A. geführten Strafverfahrens (SG 12/001/II) mangels eines schützenswerten Interesses nicht zu gewähren. Auf die Zustellung des Urteils des Kantonsgerichts vom 15. Februar 2012 ist zu verzichten. Das Akteneinsichtsgesuch ist abzuweisen. Der unterliegende Gesuchsteller hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 25c GebOR).

### **Art. 215 StPO und Art. 13 PolG**

#### **Abgrenzung der polizeilichen Anhaltung nach StPO von der präventiven und sicherheitspolizeilich motivierten Kontrolle nach PolG (E. 1). Voraussetzungen und Verhältnismässigkeit der Anhaltung (Fesselung mit Handschellen; Dauer der Anhaltung) (E. 2–5).**

Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 5. September 2012

Aus den Erwägungen:

1./1.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei ist die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Mit Beschwerde können Rechtsverletzungen, unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts oder Unangemessenheit gerügt werden (Art. 393 Abs. 2 StPO).

1.2 Für die Beurteilung der Zuständigkeit betreffend die Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist zu unterscheiden, ob es sich bei der beanstandeten Anhaltung/Festnahme um eine präventive und sicherheitspolizeilich motivierte Massnahme handelt, deren Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung zu finden ist, oder ob der Anhaltung/Festnahme ein kriminalpolizeilicher Aspekt zukommt und sie damit nach Art. 215 ff. bzw. Art. 217 ff. StPO zu beurteilen ist. Die präventiven und sicherheitspolizeilichen Kontrollen sind verdachtsunabhängig; die in Art. 215 StPO geregelte Anhaltung erfordert hingegen einen vagen Verdacht. Besteht nicht nur ein allgemeiner Verdacht, sondern ein konkreter Tatverdacht, bestimmt sich das polizeiliche Vorgehen nach den Bestimmungen von Art. 217 ff. StPO zur vorläufigen Festnahme (Ulrich Weder, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N. 2 zu Art. 215 StPO). Zwischen der polizeirechtlichen Kontrolle gemäss Art. 13 PolG und der strafprozessualen polizeilichen Anhaltung lassen sich in der Praxis oft nicht klare Konturen festlegen. Im Sinne einer Faustregel sind jene Polizeikontrollen dem präventiven, sicherheits- und verkehrspolizeilichen Bereich zuzuordnen, welche sich gegen eine grosse Anzahl von Personen richten, während sich die polizeiliche Anhaltung gegen einzelne Personen richtet, gegen die ein vager Tatverdacht besteht (Weder, a.a.O., N. 3 zu Art. 215 StPO).

1.3 Die Kontrolle des Beschwerdeführers erfolgte aufgrund eines vagen Tatverdachts (Rauschzustand, Widerhandlungen VZV, Widerhandlung Gastgewerbe und Tourismus) und nicht aus sicherheitspolizeilichen Gründen. Zudem geht aus den Akten – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers – nicht hervor, dass eine Vielzahl von Personen kontrolliert worden wäre. Die polizeiliche Anhaltung/Festnahme ist damit nach den Bestimmungen zur Schweizerischen Strafprozessordnung zu beurteilen.

Der Beschwerdeführer wurde aufgrund eines vagen Tatverdachts zwecks Abklärung der Identität und der Sachlage zuerst auf dem Festgelände der Viehschau und danach auf dem Polizeiposten Engelberg befragt. Dabei handelte es sich um eine

Anhaltung im Sinne von Art. 215 StPO, wonach die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten bringen kann, um ihre Identität festzustellen, sie kurz zu befragen und abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat. Die Polizeibeamten klären im Rahmen ihrer allgemeinen Ermittlungstätigkeit ab, wer der Beschwerdeführer ist und ob dieser eine Straftat begangen hat. Sobald diese Abklärungen abgeschlossen waren, wurde der Beschwerdeführer freigelassen. Eine darüber hinausgehende vorläufige Festnahme im Sinne von Art. 217 Abs. 3 StPO – gestützt auf einen konkreten Tatverdacht – lag nicht vor (vgl. Weder, a.a.O., N. 2 zu Art. 215 StPO).

1.4 Demzufolge ist von einer polizeilichen Anhaltung nach Art. 215 StPO auszugehen, welche der Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO zugänglich ist. Für die Beurteilung von Beschwerden nach Art. 393 ff. StPO ist das Obergericht zuständig (Art. 52 Abs. 1 lit. a GOG). Der Obergerichtspräsident beurteilt die Beschwerde allein, wenn diese ausschliesslich Übertretungen zum Gegenstand hat (Art. 395 lit. a StPO). Die polizeiliche Anhaltung erfolgte im Zusammenhang mit Übertretungen, weshalb der Obergerichtspräsident für die Beurteilung der dagegen erhobenen Beschwerde zuständig ist.

2./2.1 Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Entscheidend ist somit eine Beschwer durch die fragliche Verfahrenshandlung. Im Regelfall muss die Beschwer im Zeitpunkt des Rechtsmittels noch vorhanden sein, was etwa bei inzwischen erfolgter Aufhebung von Zwangsmassnahmen nicht ohne weiteres der Fall ist (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, N. 1 f. zu Art. 382 StPO). Damit fehlt es einer nach Art. 215 StPO angehaltenen Person praktisch regelmässig am Rechtsschutzinteresse bzw. der sogenannten Beschwer im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO, da die Anhaltung im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids nicht mehr andauert (Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N. 1005 und N. 1461; Weder, a.a.O., N. 32 zu Art. 215 StPO). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen es nie zu einer Beurteilung käme (Martin Ziegler, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar StPO, Basel 2011, N. 2 zu Art. 382 StPO).

2.2 Die Anhaltung des Beschwerdeführers erfolgte – dem Sinn und Zweck einer Anhaltung entsprechend – nur kurzfristig, weshalb sie im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides nicht mehr andauert. Mit der Beschwerde kann der Beschwerdeführer deshalb nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anhaltung verlangen.

Es gilt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat. Gemäss Art. 431 Abs. 1 StPO hat die Strafbehörde einer beschuldigten Person, gegenüber der rechtswidrig Zwangsmassnahmen angewandt worden sind, eine angemessene Entschädigung oder Genugtuung zuzusprechen. Die Anhaltung gilt als Zwangsmassnahme (Wehrenberg/Bernhard, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., N. 4 zu Art. 431 StPO). Eine Entschädigung oder Genugtuung setzt damit die Rechtswidrigkeit der Anhaltung voraus. Demzufolge hat der Beschwerdeführer ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der

Rechtswidrigkeit der Anhaltung und damit an der Behandlung seiner Beschwerde. Auf die Beschwerde wird daher eingetreten.

3./3.1 Die Polizei kann gemäss Art. 215 Abs. 1 StPO im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten bringen, um ihre Identität festzustellen (lit. a), sie kurz zu befragen (lit. b) oder abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat (lit. c). Bei der Anhaltung geht es darum, dass die Polizei Personen anspricht, sie um Auskünfte im Zusammenhang mit ihrer allgemeinen Ermittlungstätigkeit ersucht und sie damit kurzfristig in ihrer Bewegungsfreiheit behindert (Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 1 zu Art. 215 StPO). Ein eigentlicher Tatverdacht gegen die anzuhaltende Person ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn nach den Umständen der konkreten Situation ein Zusammenhang der betreffenden Person mit Delikten als möglich erscheint (Schmid, Handbuch, a.a.O., N. 1002). Nach Art. 215 Abs. 2 StPO kann die Polizei die angehaltene Person verpflichten, die Personalien anzugeben (lit. a) und Ausweispapiere vorzulegen (lit. b). Üblicherweise erfolgen diese Kontrollen an Ort und Stelle. Soweit erforderlich und durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gedeckt, dürfen Personen jedoch gemäss Gesetzeswortlaut auf den Polizeiposten gebracht werden. Dies ist unter anderem dann angemessen, wenn sich die Person nicht ausweisen und eine nähere Überprüfung nur auf dem Polizeiposten durchgeführt werden kann (Schmid, Handbuch, a.a.O., N. 1003). Zudem kann es auch der Persönlichkeitsschutz des Angehaltenen gebieten, die Ermittlungstätigkeiten auf dem Polizeiposten fortzusetzen, damit ihm eine blossstellende polizeiliche Überprüfung in der Öffentlichkeit erspart werden kann (Weder, a.a.O., N. 5 zu Art. 215 StPO). Die Schweizerische Strafprozessordnung lässt offen, wie die Überführung auf den Polizeiposten und der dortige Aufenthalt zu erfolgen haben (Fesselung, Zellenwagen, Warteraum, etc.); dies sind Fragen des polizeilichen Zwangs, welche polizeigesetzlich geregelt sind. Der Polizei steht ein grosser Ermessensspielraum zu, ob und wie sie die angehaltene Person auf den Polizeiposten verbringen will. Dabei sind die Grundsätze der Zweck- und Verhältnismässigkeit zu beachten (Albertini/Armbruster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., N. 18 zu Art. 215 StPO). Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips darf die Anhaltung nur so lange dauern, als sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Hinsichtlich der maximal zulässigen Dauer einer Anhaltung wird in der Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Strafprozessordnung festgehalten, dass diese deutlich weniger als drei Stunden betragen dürfe. Diese Begrenzung wird im Hinblick auf Art. 219 Abs. 5 StPO und mit dem fehlenden konkreten Tatverdacht, der für eine Anhaltung nicht vorausgesetzt wird, begründet (Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff., 1224). Eine auf eine bestimmte Stundenzahl fixierte Begrenzung der Anhaltungsdauer erscheint nicht sinnvoll (vgl. Weder, a.a.O., N. 7 zu Art. 215 StPO). Je nach Einzelfall kann die erlaubte Dauer variieren. Bei der Festlegung der maximal zulässigen Dauer der Anhaltung sind alle Umstände zu berücksichtigen (vgl. Albertini/Armbruster, a.a.O., N. 20 zu Art. 215 StPO).

3.2/3.2.1 Die Sachverhaltsschilderungen der Parteien weichen teilweise voneinander ab. Der Beschwerdegegner hält fest, dass der Beschwerdeführer beim Eintreffen auf dem Festgelände trotz Aufforderung des Personals die Bar nicht habe verlassen wollen und sich unangemessen verhalten habe. Der Beschwerdeführer behauptet hingegen, dass er das Zelt bereits verlassen und sich von seinen Bekannten

verabschiedet habe, als die Polizeibeamten eintrafen und auf ihn zukamen. Gestützt auf die rapportierte Aussage von U., Mitarbeitende auf dem Festgelände, ist davon auszugehen, dass die Darstellung des Beschwerdegegners zutrifft, weshalb darauf abzustellen ist. Durch sein renitentes und uneinsichtiges Verhalten hat der Beschwerdeführer Anlass für eine Anhaltung nach Art. 215 StPO gegeben, da die Polizeibeamten einen Zusammenhang mit allfälligen Delikten (Rauschzustand, Widerhandlungen VZV, Widerhandlung Gastgewerbe und Tourismus) als möglich erachteten. Demnach war es ihnen erlaubt, den Beschwerdeführer aufzufordern, seine Personalien anzugeben. Obwohl die Darstellungen der Parteien betreffend den Inhalt des Gesprächs zwischen dem Beschwerdeführer und den Polizeibeamten auf dem Festgelände nicht vollumfänglich übereinstimmen, ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seine Wohnadresse im Ausland (Brasilien) nicht bekanntgab. Dazu wäre der Beschwerdeführer jedoch gestützt auf Art. 215 Abs. 2 lit. a StPO verpflichtet gewesen. Die Verbringung des Beschwerdeführers auf den Polizeiposten lag im Ermessen der Polizeibeamten. Sie war angebracht, da der Beschwerdeführer seine Wohnadresse nicht bekannt geben wollte und mangels dessen Kooperation weitere Recherchen erforderlich waren. Zudem diene es dem Persönlichkeitsschutz des Beschwerdeführers die Ermittlungen auf dem Polizeiposten weiterzuführen, da ihm dadurch eine längere, allenfalls beschämende Kontrolle in der Öffentlichkeit erspart wurde. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Polizeibeamten nicht von ihm verlangt hätten, seine Ausweispapiere vorzulegen. Damit hätte die Verbringung auf den Polizeiposten verhindert werden können. Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, dass der Beschwerdeführer mehrmals nach seinen Personalien und/oder einem Ausweis gefragt worden sei. Fest steht, dass der Beschwerdeführer den Polizeibeamten seine Wohnadresse im Ausland nicht bekannt gab. Demzufolge hätten die Polizeibeamten ohnehin davon ausgehen dürfen, dass der Beschwerdeführer auch seine Ausweispapiere nicht vorlegen werde, weshalb eine diesbezügliche Aufforderung erfolglos geblieben wäre. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer durch sein renitentes Verhalten die Verbringung auf den Polizeiposten selber provoziert hat. Es wäre ihm unbenommen gewesen, bei der Nachfrage seiner Personalien von sich aus einen Ausweis vorzuzeigen. Die Anhaltung auf dem Festgelände und die anschliessende Überführung auf den Polizeiposten lagen im Ermessen der Polizeibeamten und sind als solche nicht zu beanstanden.

3.2.2 Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in Handschellen auf den Polizeiposten verbracht werden durfte. Bei dieser Frage kommt der Polizei ein grosser Ermessensspielraum zu, wobei sie jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat (Albertini/Armbruster, a.a.O., N. 18 zu Art. 215 StPO). Nach Art. 34 Abs. 1 PolG kann die Polizei eine Person, die sie gestützt auf eine Rechtsschrift festhält, mit Fesseln sichern, wenn die Gefahr besteht, dass sie Personen angreift, Widerstand gegen polizeiliche Androhungen leistet, Tiere verletzt oder Gegenstände beschädigt oder solche einer Sicherstellung entzieht (lit. a) oder flieht, andere befreit oder selbst befreit wird (lit. b). Der Beschwerdeführer wurde gestützt auf Art. 215 StPO angehalten. Aufgrund der Weigerung des Beschwerdeführers, seine vollständigen Personalien anzugeben sowie der angespannten und gereizten Stimmung während der Kontrolle durften die Polizeibeamten berechtigterweise annehmen, dass der Beschwerdeführer gegen die Überführung auf den Polizeiposten – als eine die Bewegungsfreiheit weiter einschränkende Massnahme – opponieren und sich widersetzen würde. Damit bestand im Sinne von

Art. 34 Abs. 1 lit. a PolG die Gefahr, dass der Beschwerdeführer Widerstand leistet. Durch die kurzfristige Fesselung konnten die Polizeibeamten sicherstellen, dass sich der Beschwerdeführer während der Fahrt zum Polizeiposten ruhig verhält und somit möglichst rasch dorthin verbracht werden kann. Da der Beschwerdeführer seine vollständigen Personalien nicht angab, waren die Überprüfung seiner Person und die Abklärung einer allfälligen von ihm ausgehenden Gefahr nicht möglich. Die Polizeibeamten konnten nicht ausschliessen, dass der Beschwerdeführer allenfalls polizeilich gesucht wird und als gewalttätig gilt. Auch die Gefahr einer allfälligen Flucht des Beschwerdeführers konnte nicht ausgeschlossen werden. Damit lagen weitere mögliche Gründe für die Fesselung nach Art. 34 Abs. 1 lit. a und lit. b PolG vor. Die Polizeibeamten wandten aktenkundig keine über die Fesselung hinausgehende Gewalt an. Die Handschellen wurden dem Beschwerdeführer auf dem Polizeiposten wieder abgenommen. Im Vergleich zu den in der Rechtsprechung geschilderten Fällen von Amtsmissbrauch – wobei es jeweils zusätzlich zur Fesselung zu weiterer Gewaltanwendung kam – geht die vorliegend zu beurteilende Polizeihandlung deutlich weniger weit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_561/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 2.4). Wie bereits erwähnt, kommt der Polizei ein grosser Ermessensspielraum zu, den es zu berücksichtigen gilt. Die vorgenommene Fesselung des Beschwerdeführers erweist sich in Anbetracht der Umstände als verhältnismässig und liegt damit im zulässigen Ermessensspielraum der Polizeibeamten, weshalb sie nicht zu beanstanden ist. Mit der Androhung der Verbringung auf den Polizeiposten wurde dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a PolG auch die Gelegenheit gegeben, sich gemäss polizeilicher Aufforderung zu verhalten und damit dem Einsatz unmittelbaren Zwangs zu entgehen.

3.2.3 Hinsichtlich der Dauer der Anhaltung stimmen die Angaben der Parteien nicht überein. Während der Beschwerdeführer von einer Dauer von acht Stunden ausgeht, berechnet der Beschwerdegegner eine solche von zwei Stunden und 45 Minuten. Die Aktenlage ergibt folgenden Zeitablauf: Das Personal wollte die Bar um 6.45 Uhr schliessen. Gemäss Angaben der Mitarbeitenden U. hätten sie und weitere Mitarbeiter nach Schliessung der Bar versucht, den Beschwerdeführer aus der Bar zu weisen, wobei dieser jedoch die Bar nicht verlassen habe. Um 7.55 Uhr fand die Kontrolle durch die Polizeibeamten auf dem Festgelände statt. Der Verzeigungsvorhalt wurde dem Beschwerdeführer um 8.50 Uhr vorgelegt; seine Unterschrift hat er um 10.02 Uhr verweigert. Um 9.10 Uhr wurde beim Beschwerdeführer ein Atemlufttest durchgeführt, welcher eine Blutalkoholkonzentration von 1.34 Gewichtspro mille ergab. Der Beschwerdeführer telefonierte um 10.04 Uhr mit einem Anwalt. Nach Bezahlung der "Kaut ion" von Fr. 500.-- wurde der Beschwerdeführer um 10.40 Uhr aus der Kontrolle entlassen. Daraus ergibt sich, dass die Anhaltung von 7.55 bis 10.40 Uhr und damit zwei Stunden und 45 Minuten dauerte. Die behauptete Dauer des Beschwerdeführers von acht Stunden kann durch die Akten nicht belegt werden. Beim Beschwerdeführer wurde um 9.10 Uhr eine Blutalkoholkonzentration von 1.34 Gewichtspro mille festgestellt. Demzufolge ist seine verzerrte zeitliche Wahrnehmung wohl auf den ausgewiesenen Alkoholkonsum zurückzuführen.

Es gilt zu prüfen, ob eine Anhaltung von zwei Stunden und 45 Minuten übermässig und daher nicht zulässig ist. Die Anhaltungsdauer wurde durch die fehlende Kooperation des Beschwerdeführers verzögert. Hätte der Beschwerdeführer seine

Wohnadresse bereits auf dem Festgelände bekannt gegeben, wäre eine Verbringung auf den Polizeiposten nicht erforderlich gewesen. Auch auf dem Polizeiposten machte der Beschwerdeführer zunächst keine Aussagen, die Unterschrift zu den später gemachten Aussagen verweigerte er schliesslich. Weitere Zeit nahmen die notwendige Vornahme des Atemlufttests zur Sachverhaltsermittlung sowie die erforderliche Absprache mit der Staatsanwaltschaft betreffend das Bussendepositum ("Kautions") in Anspruch. Die Dauer der Anhaltung von zwei Stunden und 45 Minuten ist angesichts der konkreten Umstände verhältnismässig und deshalb nicht zu beanstanden.

3.2.4 Zusammenfassend ist die Vornahme und Durchführung der Anhaltung vom 15. Oktober 2011 rechtmässig und daher nicht zu beanstanden. Eine Entschädigung oder Genugtuung nach Art. 431 StPO kommt aufgrund dieses Ergebnisses nicht in Frage. Ohnehin würde die Beweislast hinsichtlich eines erlittenen Schadens dem Beschwerdeführer obliegen (Wehrenberg/Bernhard, a.a.O., N. 13 zu Art. 431 StPO).

4. Der Vollständigkeit halber ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass entgegen seiner Ansicht nicht nur die unterlassene Adressänderung Grund für die Anzeige war, sondern auch das öffentliche Aufführen in einer Sitte und Anstand grob verletzender Weise im Rauschzustand gemäss Art. 14 KStR.

5. Gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen zu tragen. Die Kosten gehen demnach zulasten des Beschwerdeführers.

21

#### **Art. 197 und Art. 263 StPO**

**Voraussetzungen der Beweismittel- und der Einziehungsbeschlagnahme. Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme von allenfalls einer Drittperson gehörendem Bauwerkzeug, welches trotz Baustopp für Bauarbeiten auf einem Grundstück verwendet wurde (E. 3 und 4).**

#### **Art. 241, Art. 242 und Art. 306 StPO**

**Die Polizei darf zur Durchführung einer Hausdurchsuchung vorübergehend den Schlüsselbund des Beschuldigten an sich nehmen (E. 5).**

Entscheid des Obergerichtspräsidenten vom 8. März 2012

Aus den Erwägungen:

1./1.1 Nach Art. 393 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde zulässig gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden. Darunter fallen insbesondere jene Verfügungen oder Beschlüsse, mit denen Zwangsmassnahmen angeordnet, abgeändert oder aufgehoben werden so-

wie verfahrensleitende Verfügungen. Zu den anfechtbaren Zwangsmassnahmen gehört auch die Beschlagnahme von Gegenständen gemäss Art. 263 ff. StPO (vgl. Andreas J. Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N. 13 und 15 zu Art. 393 StPO). Die Beschwerde gegen den Beschlagnahmebefehl vom 20. November 2011, mit welchem die Beschlagnahme des sich im Besitz des Beschwerdeführers befindenden Bauwerkzeugs angeordnet wurde, ist demnach ohne weiteres zulässig.

1.2 Der Beschwerdeführer beanstandet vorliegend neben der Beschlagnahme auch die vorübergehende Wegnahme seines Hausschlüssels durch die Polizei während der Hausdurchsuchung. Mit Beschwerde angefochten werden können nicht nur Entscheide und andere formalisierte Verfahrenshandlungen, sondern Verfahrenshandlungen generell. Die Beschwerde ist allgemein gegen jedes nach aussen wirkende behördliche Verhalten zulässig, das die Parteien und weitere Verfahrensbeeteiligte unmittelbar tangiert. Davon erfasst wird auch die Art und Weise der Ausführung von Verfahrenshandlungen. So können Modalitäten polizeilichen Handelns und Verhaltensweisen von Polizeibeamten, die im Zusammenhang mit Verfahrenshandlungen stehen, mit Beschwerde angefochten werden (vgl. Niklaus Schmid, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, N. 2 und 5 zu Art. 393 StPO; Keller, a.a.O., N. 14 zu Art. 393 StPO). Der Hausschlüssel wurde dem Beschwerdeführer während der Hausdurchsuchung weggenommen, welche zum Zweck der Sicherstellung und späteren Beschlagnahme des Bauwerkzeugs erfolgte. Die Wegnahme des Schlüssels erfolgte im Zusammenhang mit der Durchführung von Zwangsmassnahmen. Die Beschwerde richtet sich gegen die Art und Weise polizeilichen Handelns im Rahmen von Zwangsmassnahmen. Nach dem Gesagten ist die Erhebung einer Beschwerde in solchen Fällen möglich. Die Anfechtung des Vorgehens der Polizei bei der Hausdurchsuchung und Sicherstellung der beschlagnahmten Gegenstände mittels Beschwerde ist damit ebenfalls zulässig. Als Beschuldigter und von den Zwangsmassnahmen Betroffener ist der Beschwerdeführer im Übrigen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO).

2./2.1 Den Grund für die streitigen Zwangsmassnahmen bildeten die vom Beschwerdeführer am 19. November 2011 auf dem Grundstück X vorgenommenen Bauarbeiten. Aufgrund dieses Vorfalls eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Baugesetz (BauG) gegen den Beschwerdeführer. Nach Art. 62 BauG werden vorsätzliche und fahrlässige Widerhandlungen gegen Vorschriften des Gesetzes sowie darauf gestützter Erlasse und Verfügungen mit Busse bis Fr. 20'000.-- bestraft. Strafbar sind insbesondere auch die Ausführung von Bauten ohne Bewilligung, die Abweichung von bewilligten Plänen sowie die Missachtung von Bedingungen und Auflagen (Abs. 1). In schweren Fällen oder bei wiederholten Zuwiderhandlungen kann mit der Busse eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren verbunden werden (Abs. 2). Bei den einfachen Widerhandlungen gegen das BauG handelt es sich demnach um Übertretungen, während die schweren Fälle und wiederholten Zuwiderhandlungen Vergehen darstellen (vgl. Art. 10 StGB).

2.2 Beschwerden gegen Übertretungen bzw. Entscheide die sich auf eine Übertretung beziehen, werden gemäss Art. 395 StPO von der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz allein beurteilt. Im Kanton Obwalden ist das Obergericht Beschwerdeinstanz; die Verfahrensleitung obliegt dem Obergerichtspräsidenten (vgl.

Art. 52 lit. a GOG). Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bereits mehrfach unbewilligte Bauarbeiten auf seinem Grundstück ausgeführt und damit gegen das BauG und die verfügten Baustopps verstossen hat. Im Jahr 2005 wurde er wegen fahrlässiger Widerhandlung gegen das Baugesetz rechtskräftig verurteilt. Zuletzt wurde im August 2011 bei der Kantonspolizei gegen den Beschwerdeführer Strafanzeige erhoben. Trotz dieser Anzeige wurde durch die Staatsanwaltschaft bis zum 19. November 2011 aktenkundig kein erneutes Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingeleitet. Die Staatsanwaltschaft weist in der Begründung des Beschlagnahmebefehls und in ihrer Stellungnahme vom 22. Dezember 2011 zwar auf die vergangenen Verfehlungen des Beschwerdeführers hin. Gegenstand der Strafuntersuchung ist aber lediglich die Bautätigkeit des Beschwerdeführers vom 19. November 2011. Die Staatsanwaltschaft eröffnete die Untersuchung explizit nur für diesen einen Vorfall, welcher auch Grund für die streitige Beschlagnahme war; eine Ausdehnung des Strafverfahrens ist bisher nicht erfolgt. Die Strafuntersuchung und die Beschlagnahme beziehen sich damit auf eine einmalige Widerhandlung gegen das Baugesetz, das heisst auf eine Übertretung. Die Beurteilung von Beschwerden, die im Zusammenhang mit einer Übertretung stehen, fällt in die Zuständigkeit der Verfahrensleitung, weshalb der Obergerichtspräsident für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

3. Streitig ist vorliegend zum einen die Zulässigkeit der Beschlagnahme des Werkzeugs durch die Staatsanwaltschaft, zum andern die Rechtmässigkeit des Vorgehens der Kantonspolizei anlässlich der Hausdurchsuchung. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die mit Beschlagnahmebefehl vom 20. November 2011 verfügte Beschlagnahme des beim Beschwerdeführer sichergestellten Werkzeugs rechtmässig erfolgt ist.

3.1 Die Beschlagnahme ist eine Zwangsmassnahme, mit der deliktsrelevante Gegenstände oder Vermögenswerte ohne Einwilligung der betroffenen Person für die Zwecke des Strafverfahrens ihrer Verfügungsgewalt entzogen bzw. einer Verfügungsbeschränkung unterworfen werden. Die Beschlagnahme stellt eine provisorische prozessuale Massnahme dar und ergeht unter dem Vorbehalt des Erledigungsentscheides, welcher sich über das Bestehen eines Grundes zur Konfiskation oder zur Rückgabe an den Eigentümer ausspricht (vgl. Art. 267 StPO). Die zivilrechtlichen Ansprüche an den fraglichen Gegenständen werden dadurch nicht tangiert. Nach der neueren Praxis liegt nicht mehr nur eine sichernde bzw. vorübergehende Massnahme vor, wenn die Beschlagnahme wegen ihrer Dauer und der Art ihrer Vornahme dem Berechtigten eine Verwendung der Sachen zum vorgesehenen Zweck endgültig verunmöglicht und damit für die Betroffenen einen irreversiblen Eingriff in die Eigentums- und Vermögensrechte darstellt. Die Beschlagnahme ist, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, nicht nur gegen den Täter, sondern auch gegen Dritte zulässig (vgl. Schmid, a.a.O., N. 1 ff. vor Art. 263–268 StPO; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2005, § 69 N. 18).

3.2 Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson können gemäss Art. 263 StPO beschlagnahmt werden, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich als Beweismittel (lit. a) oder zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden (lit. b), den Geschädigten zurückzugeben sind (lit. c) oder einzu-

ziehen sind (lit. d). Die Beschlagnahme ist mit einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl anzuordnen. In dringenden Fällen kann sie mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen (Art. 263 Abs. 2 StPO). Ist der Grund für die Beschlagnahme weggefallen, so hebt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Beschlagnahme auf und händigt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person aus (Art. 267 Abs. 1 StPO).

3.3 Die Staatsanwaltschaft stützte den Beschlagnahmefehl hauptsächlich auf Art. 263 lit. a StPO und erläuterte die Beweismittelbeschlagnahme in der Begründung des Beschlagnahmefehls ausführlich. Die Beschlagnahme sollte also vor derhand der Sicherung von Beweismitteln dienen. Daneben erwähnte die Staatsanwaltschaft in der Begründung des Beschlagnahmefehls aber auch die Einziehungsbefehl nach Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO und wies ausdrücklich darauf hin, dass im Verlauf des Strafverfahrens die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände geprüft werde. Sodann führte die Staatsanwaltschaft in der Begründung die wiederholten Widerhandlungen des Beschwerdeführers gegen die Baustopps auf und hielt fest, der Beschwerdeführer lasse sich offenbar von gegen ihn eingegangenen Strafanzeigen nicht beeindrucken und baue weiter. Damit wies sie implizit auf die ihrer Ansicht nach bestehende Gefahr hin, der Beschwerdeführer könnte auch künftig Bauarbeiten ausführen und gegen die Baustopps verstossen, wenn das Bauwerkzeug nicht eingezogen würde. Aus der Begründung des Beschlagnahmefehls wird damit ersichtlich, dass die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der Beschlagnahme die Möglichkeit einer späteren Einziehung in Betracht zog und die Beschlagnahme auch aus diesem Grund anordnete. Dass die Beschlagnahme auch im Hinblick auf eine allfällige spätere Sicherungseinziehung erfolgte und mitunter zum Ziel hatte, eine weitere Bautätigkeit zu verhindern, geht überdies klar aus der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 22. Dezember 2011 hervor. Darin wurde mehrfach auf den mangelnden Willen des Beschwerdeführers, sich an die Bauvorschriften bzw. den Baustopp zu halten und eine weitere Bautätigkeit zu unterlassen, hingewiesen und es wird deutlich, dass die Beschlagnahme von der Staatsanwaltschaft als einziges taugliches Mittel angesehen wird, eine weitere Bautätigkeit durch den Beschwerdeführer zu verhindern. Die streitige Beschlagnahme diene nach dem Gesagten einerseits dem Zweck, Beweise sicherzustellen und andererseits zu verhindern, dass der Beschwerdeführer weiterhin trotz Baustopp Bauarbeiten auf dem Grundstück X ausführt und dadurch weitere Rechtsgutsverletzungen begeht. Obwohl die Beschlagnahme hauptsächlich mit der Beweissicherung begründet wurde, musste dies auch dem rechtskundig vertretenen Beschwerdeführer klar sein, insbesondere weil Art. 263 lit. d StPO explizit in der Begründung des Beschlagnahmefehls erwähnt wurde. Zudem wurden dem Beschwerdeführer sämtliche Akten und die Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme zugestellt. Dass der Beschwerdeführer tatsächlich Kenntnis von beiden Beschlagnahmegründen hatte, ergibt sich im Übrigen aus der Prozessgeschichte. Im Verlaufe des Verfahrens hat er sowohl zur Beweismittel- als auch zur Einziehungsbefehl Stellung genommen.

3.4 3.4.1 Die Beweismittelbeschlagnahme (Art. 263 lit. a StPO) bezweckt die Beschaffung und unverfälschte Erhaltung von Beweismitteln, die namentlich für einen Augenschein- oder Urkundenbeweis in Betracht fallen und dient damit der Feststellung des massgebenden Sachverhalts. Beweismittel in diesem Sinn sind alle Sachen, die unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder ihre Umstände Beweis

erbringen können. Im Zeitpunkt der Untersuchung steht nicht mit Sicherheit fest, ob ein Beweismittel tauglich ist, einen Beitrag zur Beweisführung zu leisten. Das fragliche Objekt muss lediglich zum Beweis geeignet erscheinen. Es genügt deshalb eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Beweisobjekt unmittelbar oder mittelbar mit der strafbaren Handlung in Zusammenhang steht (Stefan Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, 73 ff.; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 69 N. 2; Urteil des Bundesgerichts 1S.3/2007 vom 25. April 2007).

3.4.2 Die Einziehungsbeschlagnahme (Art. 263 lit. d StPO) hat zum Ziel, eine allfällige spätere Einziehung durch den Richter zu gewährleisten. Sie soll verhindern, dass der Beschuldigte die Einziehung vereiteln kann, indem er den beschlagnahmten Gegenstand veräussert oder sonstwie beiseiteschafft. Der Einziehung unterliegen gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB unter anderem Gegenstände, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren, oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (sog. Sicherungseinziehung). Steht eine solche Sicherungseinziehung in Frage, liegt der Hauptzweck der Beschlagnahme darin, eventuell rechtsgutsgefährdende Gegenstände unverzüglich aus dem Verkehr zu ziehen. Sie zielt auf die Verhinderung weiterer Rechtsgutsgefährdungen und auf die vorläufige Sicherstellung im Hinblick auf eine Sicherungseinziehung (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 69 N. 18; Niklaus Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Zürich 2007, N. 84 ff. zu Art. 69 StGB; Heimgartner, a.a.O., 81).

3.5 3.5.1 Nach Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht (lit. b), die Zwangsmassnahmen gesetzlich vorgesehen (lit. a) und verhältnismässig (lit. c und d) sind. Zwangsmassnahmen, die in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreifen, sind besonders zurückhaltend einzusetzen (Abs. 2). Die Anordnung einer Beschlagnahme setzt in formeller Hinsicht zudem voraus, dass ein Strafverfahren eröffnet und ein Beschlagnahmebefehl erlassen wurde (vgl. Heimgartner, a.a.O., 104 ff.).

3.5.1.1 Nach der Praxis des Bundesgerichts setzen nichtfreiheitsentziehende strafprozessuale Zwangsmassnahmen grundsätzlich nicht die gleich hohe Intensität eines Tatverdachts voraus wie Untersuchungs- oder Sicherheitshaft. Für Beschlagnahmungen reicht ein hinreichender, objektiv begründeter konkreter Tatverdacht gegenüber der beschuldigten Person aus. Ein solcher ist bereits dann gegeben, wenn ein durch tatsächliche Anhaltspunkte begründeter Anfangsverdacht gegenüber dem Inhaber der beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte oder gegenüber Dritten besteht, der es nach der Erfahrung als möglich erscheinen lässt, dass eine strafbare Handlung vorliegt. An die Bestimmtheit der Verdachtsgründe sind zu Beginn der Strafuntersuchung jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 69 N. 28; BGE 124 IV 313, E. 4; Urteile des Bundesgerichts 1B\_63/2009 vom 1. September 2009, 1B\_636/2011 vom 9. Januar 2012).

3.5.1.2 Damit eine Beschlagnahme verhältnismässig ist, muss sie zunächst geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Zudem ist eine Massnahme gemäss

Art. 179 Abs. 1 lit. c und d StPO nur dann verhältnismässig, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (Erforderlichkeit) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Zumutbarkeit). An der Erforderlichkeit fehlt es im Falle einer Beweismittelbeschlagnahme beispielsweise dann, wenn Beweise auf andere Weise, durch die Erstellung von Fotografien oder durch eine Inventur erlangt werden könnten. Das Erfordernis der Zumutbarkeit kann insbesondere dort Bedeutung erlangen, wo es um die Klärung einer Übertretung geht. Zu beachten ist schliesslich, dass die Beschlagnahme als Ganzes verhältnismässig sein muss, das heisst nicht nur die Anordnung, sondern auch die Ausgestaltung der Massnahme muss verhältnismässig sein. Der Eingriff in die Rechte des Betroffenen darf insgesamt nicht schwerer ausfallen, als es für den Zweck der Beschlagnahme unbedingt erforderlich ist. Sowohl Ausmass als auch Dauer der Beschlagnahme dürfen nicht übermässig sein. Für die Einziehungsbeschlagnahme bedeutet dies, dass diese nur solange aufrechterhalten werden darf, als eine Gefährdung fortbesteht und damit die Wahrscheinlichkeit einer Einziehung weiterhin gegeben ist (Bommer/Goldschmid in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, N. 15 Vor Art. 263–268 StPO; Jonas Weber, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., N. 9. ff. zu Art. 197 StPO; Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 84a zu Art. 69 StGB; zum Ganzen: Heimgartner, a.a.O., 17 ff.).

3.5.2 Neben den allgemeinen Voraussetzungen müssen für die Einziehungsbeschlagnahme überdies die Voraussetzungen von Art. 69 StGB zumindest soweit gegeben sein, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine spätere Sicherungseinziehung besteht. Insbesondere muss ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Straftat und dem beschlagnahmten Gegenstand bestehen und es muss wahrscheinlich sein, dass vom beschlagnahmten Gegenstand auch künftig eine Gefahr für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ausgeht. Ein strikter Nachweis für die Voraussetzungen der Einziehung ist jedoch nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn gewichtige Gründe dafür vorliegen, dass eine Einziehung durch den Richter ernsthaft in Betracht kommt (Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 2005, N. 1151; Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 84 ff. zu Art. 69 StGB).

3.5.2.1 Die Sicherungseinziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB setzt zunächst voraus, dass zwischen der Straftat und dem beschlagnahmten bzw. einzuziehenden Gegenstand ein unmittelbarer Zusammenhang, ein Deliktikonnex besteht. Der geforderte relevante Bezug zwischen Straftat und Gegenstand ist ohne weiteres bei Gegenständen gegeben, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder dazu bestimmt waren (sogenannte "instrumenta sceleris"). Erst der tatsächliche Gebrauch des Gegenstandes bei der Ausführung einer Straftat oder dessen konkrete Bestimmung macht diesen zu einem gefährlichen Gegenstand im Sinne von Art. 69 StGB. Eine allgemeine Bestimmung oder Eignung des Gegenstands zu einer eventuellen deliktischen Verwendung genügt nicht. Unerheblich ist auch, ob die besagten Gegenstände gerade zum Zweck der Begehung einer Straftat beschafft oder nur im Einzelfall dafür verwendet wurden (Florian Baumann, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Basel 2011, Bd. I, N. 9 ff. zu Art. 69 StGB; Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 39 ff. zu Art. 69 StGB; BGE 116 IV 117; 129 IV 81, E. 4).

3.5.2.2 Als weitere Voraussetzung für die Sicherungseinziehung ist erforderlich, dass vom einzuziehenden Gegenstand eine Gefahr für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ausgeht. Das bedeutet, dass diese Gefahr in der Zukunft weiterhin bestehen muss und eben gerade deshalb die sichernde Massnahme der Einziehung anzuordnen ist. Der Richter hat eine Prognose darüber anzustellen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters in Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet. Ein Tatwerkzeug ist demgemäss nicht schon dann und deshalb einzuziehen, weil der Täter damit in der Vergangenheit die Sicherheit gefährdet hat. Bei dieser Prognose sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Die mit dem Gegenstand bereits verübte Tat ist dabei nur ein Kriterium (Baumann, a.a.O., N. 13 zu Art. 69 StGB; Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 58 ff. zu Art. 69 StGB.; BGE 130 IV 143, E. 3.3; 129 IV 81, E. 4.1; 125 IV 187; 116 IV 117).

3.5.2.3 Schliesslich untersteht auch die Sicherungseinziehung als Eingriff in die Eigentumsgarantie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dies bedeutet im Einzelnen, dass die Einziehung nach dem Prinzip der Zwecktauglichkeit zu unterbleiben hat, wenn sie zur Erreichung des Zwecks (Sicherung) ungeeignet ist. Dies kann etwa bei problemloser Wiederbeschaffungsmöglichkeit, insbesondere bei Gegenständen des alltäglichen Gebrauchs, in Frage stehen. Nach dem Subsidiaritätsprinzip darf eine Einziehung nur dann angeordnet werden, wenn deren Zweck nicht durch weniger weitgehende Massnahmen erreicht werden kann. Ferner muss zwischen dem Zweck (Sicherung) und dem Mittel, das heisst dem Eingriff in das Eigentum des Betroffenen, ein angemessenes Verhältnis bestehen (Baumann, a.a.O., N. 14 zu Art. 69 StGB; Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 67 ff. zu Art. 69 StGB).

4. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer Beweismittel- oder Einziehungsbeschlagnahme vorliegend gegeben sind.

4.1 Vorab ist festzuhalten, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers, die beschlagnahmten Gegenstände stünden nicht in seinem Eigentum, auf die Zulässigkeit der Beschlagnahme keinen Einfluss hat. Die Eigentumsverhältnisse an einem Gegenstand sind für die Frage der Beschlagnahmezulässigkeit grundsätzlich unerheblich. Liegt ein Beschlagnahmegrund vor und sind die übrigen Voraussetzungen für eine Beschlagnahme erfüllt, spielt es somit keine Rolle, in wessen Eigentum sich die beschlagnahmten Gegenstände befinden. Zu berücksichtigen sind die Eigentumsverhältnisse allenfalls bei der Verhältnismässigkeitsprüfung. Richtet sich die Massnahme gegen eine nichtbeschuldigte Drittperson, sind an die Zumutbarkeit strengere Anforderungen zu stellen, da bei Nichtbeschuldigten das die Beschlagnahme mitlegitimierende und begrenzende Moment des Tatverdachts entfällt (vgl. Art. 197 Abs. 2 ZPO). Besteht jedoch die Gefährlichkeit des einzuziehenden Gegenstandes auch dann fort, wenn der Gegenstand dem Eigentümer zurückgegeben wird, muss er eingezogen werden (vgl. BGE 120 IV 164; Bommer/Goldschmid, a.a.O., N. 31 und 39 zu Art. 263 StPO). Dingliche oder obligatorische Rechte Dritter stehen auch einer definitiven Einziehung nicht entgegen (vgl. Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 24 und 84 zu Art. 69 StGB). Eine allfällige Drittbe-

rechti gung lässt die Beschlagnahme somit nicht zum Vornherein als unrechtmässig erscheinen.

4.2 Die Erfüllung der formellen Voraussetzungen der Beschlagnahme, d.h. die Anordnung mittels schriftlichen Beschlagnahmefehls und die Eröffnung der Strafuntersuchung, steht vorliegend ausser Frage. Auch ein hinreichender Tatverdacht ist offensichtlich gegeben. Dass der Beschwerdeführer trotz des bestehenden Baustopps auf dem Grundstück X Bauarbeiten ausgeführt hat, steht fest. Es besteht daher eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer mit seiner Bautätigkeit gegen das Baugesetz verstossen und sich strafbar gemacht hat. Die Strafbarkeit entfällt zwar möglicherweise dann, wenn es sich, wie der Beschwerdeführer geltend macht, bei den von ihm ausgeführten Bauarbeiten um notwendige Unterhalts- bzw. Reparaturarbeiten handelte, die ohne Bewilligung zulässig sind. Diese Frage wird jedoch im Rahmen des Strafverfahrens zu klären sein und hat keinen Einfluss auf das Bestehen eines hinreichenden konkreten Anfangsverdachts.

4.3/4.3.1 Die Beweismittelbeschlagnahme hat zum Ziel, zu verhindern, dass während des Untersuchungsverfahrens Beweismittel abhanden kommen. Die Möglichkeit, dass die beschlagnahmten Gegenstände, wären sie nicht beschlagnahmt worden, dem Einflussbereich der Strafuntersuchungsbehörden entzogen worden wären bzw. würden – sei dies durch Zufall oder durch bewusstes Handeln des Beschwerdeführers – kann auch im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werden. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer das Verschwinden der Beweismittel für unwahrscheinlich hält. Die Beschlagnahme erscheint deshalb jedenfalls nicht als überflüssig.

4.3.2 Neben den allgemeinen Erfordernissen setzt die Beweismittelbeschlagnahme voraus, dass die beschlagnahmten Gegenstände als Beweismittel in Betracht fallen, das heisst, beweistauglich sind. Sie müssen mit der strafbaren Handlung in Zusammenhang stehen und unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder ihre Umstände Beweis erbringen können. Vorliegend wurden sämtliche Maschinen und Geräte beschlagnahmt, mit denen der Beschwerdeführer Bauarbeiten ausgeführt hat und die zur Ausführung von Bauarbeiten bestimmt sind. Bei den beschlagnahmten Gegenständen handelt es sich also aller Wahrscheinlichkeit nach um "Tatwerkzeug". Sie stehen somit klar in Zusammenhang mit der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Tat und sind geeignet zu beweisen, dass der Beschwerdeführer damit die in Frage stehenden Bauarbeiten ausgeführt hat. Die Beweistauglichkeit der beschlagnahmten Gegenstände ist demnach zu bejahen.

4.3.3 Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Beweismittelbeschlagnahme ist insbesondere zu beachten, dass die Beschlagnahme dann nicht mehr verhältnismässig ist, wenn die Sicherung von Beweisen auf andere, mildere Weise bewerkstelligt werden kann, wie zum Beispiel durch das Erstellen von Fotokopien, Fotografien oder eines Inventars. Diesfalls fehlt es an der Erforderlichkeit der Massnahme (vgl. Bommer/Goldschmid, a.a.O. N. 22 ff. zu Art. 263 StPO; Heimgartner, a.a.O., 169). Das beim Beschwerdeführer beschlagnahmte Werkzeug ist geeignet, Bauarbeiten, wie dieser sie vorgenommen hat, auszuführen. Damit lässt sich beweisen, dass der Beschwerdeführer zum "Tatzeitpunkt" im Besitz des für die von ihm ausgeführten Bauarbeiten notwendigen Werkzeugs war. Darüber hin-

aus könnte allenfalls anhand von Spuren an den beschlagnahmten Gegenständen deren Gebrauch durch den Beschwerdeführer bzw. deren Einsatz auf dem Grundstück X nachgewiesen werden. Mit der Beschlagnahme wird sichergestellt, dass diese Beweise erhalten bleiben. Der Beschwerdeführer anerkennt in der Beschwerdeschrift ausdrücklich, dass sich die beschlagnahmten Gegenstände zum fraglichen Zeitpunkt (19. November 2011, 16.00 Uhr) auf seiner Liegenschaft befanden und dazu geeignet sind, Bauarbeiten auszuführen. Dieser Umstand allein lässt die Beschlagnahme jedoch noch nicht als unverhältnismässig erscheinen, besteht doch die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer sich im Strafverfahren wiederum anders äussert. Hingegen ist festzuhalten, dass zur Sicherung des Beweises, dass sich die beschlagnahmten Gegenstände zum fraglichen Zeitpunkt in der Liegenschaft X befanden und zur Ausführung von Bauarbeiten geeignet sind, auch das Erstellen von Fotografien oder eines Verzeichnisses genügt hätte. Teilweise wurden die beschlagnahmten Baugeräte auch bereits vor Ort in Gebrauch fotografiert. So zeigen einige Fotos in den Akten den beschlagnahmten Kompressor und den Abbauhammer. In den Akten finden sich sodann auch Fotos, die den Beschwerdeführer bei der Ausführung der in Frage stehenden Bauarbeiten zeigen. Überdies wurde der Beschwerdeführer bei der Ausführung der Bauarbeiten von den anwesenden Polizeibeamten beobachtet. Der Nachweis, dass er zum fraglichen Zeitpunkt unzulässige Bauarbeiten ausgeführt hat, lässt sich somit auch durch Zeugenbeweis erbringen. Unter diesen Umständen erscheint die Erforderlichkeit und damit die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme zu Beweis Zwecken zumindest fraglich; zumal aus den Akten hervorgeht, dass tatsächlich spuren-technische Untersuchungen der beschlagnahmten Gegenstände angeordnet wurden. Da die Beschlagnahme aber jedenfalls zum Zweck der Sicherung einer späteren Einziehung bzw. zur Verhinderung einer weiteren Bautätigkeit des Beschwerdeführers rechtmässig ist, wie nachfolgender Erwägung zu entnehmen ist, braucht die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Beweismittelbeschlagnahme nicht abschliessend geklärt zu werden.

4.4/4.4.1 Neben den formellen Voraussetzungen und dem hinreichenden Tatverdacht ist für die Zulässigkeit einer Sicherungseinziehungsbeschlagnahme erforderlich, dass die Voraussetzungen von Art. 69 StGB zumindest soweit gegeben sind, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine spätere Sicherungseinziehung besteht. An dieser Stelle muss also lediglich geprüft werden, ob eine spätere Einziehung in Betracht kommt. Über die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände wird demgegenüber im Strafverfahren entschieden, worauf in der Begründung des Beschlagnahmebefehls auch hingewiesen wurde. Die Einziehung der beschlagnahmten Objekte ist damit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, eine Einziehung zum jetzigen Zeitpunkt wäre unverhältnismässig und käme einer ungerechtfertigten Vorverurteilung gleich, geht deshalb an der Sache vorbei.

4.4.2./4.4.2.1 Die für eine Einziehung zunächst vorausgesetzte Deliktikonnextität ist vorliegend gegeben. Die beschlagnahmten Geräte und Maschinen sind zur Vornahme von Bauarbeiten bestimmt. Der Beschwerdeführer hat damit trotz Baustopp und ohne eine Bewilligung einzuholen, Bauarbeiten ausgeführt, und mit diesem Verhalten allenfalls eine Straftat begangen. Dass noch nicht mit Sicherheit feststeht, dass der Beschwerdeführer mit seiner Bautätigkeit am 19. November 2011 tatsächlich einen Straftatbestand erfüllt hat bzw. ob es sich bei den von ihm vorge-

nommenen Arbeiten um bewilligungsfrei zulässige Bauarbeiten gehandelt hat, ändert nichts an der Zulässigkeit einer Einziehungsbeschlagnahme. Damit die geforderte Deliktikonnextität bejaht werden kann, muss nicht mit Gewissheit feststehen, dass die beschlagnahmten Gegenstände zur Begehung einer Straftat gedient haben. Dies ist zu Beginn eines Untersuchungsverfahrens auch gar nicht möglich, weshalb ein entsprechender Verdacht ausreicht (vgl. Bommer/Goldschmid, a.a.O., N. 36 zu Art. 263 StPO). Ebenfalls keine Rolle spielt die Tatsache, dass es sich bei der vorliegend in Frage stehenden Anlasstat um eine Übertretung handelt, da eine Einziehung auch im Fall einer Übertretung möglich ist (Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 27 zu Art. 69 StGB).

4.4.2.2 Im Weiteren muss für die Zulässigkeit einer Einziehung vom einzuziehenden Gegenstand eine Gefahr für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ausgehen. Die Beschlagnahme sollte den Beschwerdeführer unter anderem davon abhalten, mit Hilfe des beschlagnahmten Werkzeugs weitere Bauarbeiten auszuführen, ohne dazu berechtigt zu sein. Allfällige weitere Straftaten sollten so verhindert werden. Als gefährdetes Rechtsgut steht damit vorliegend die öffentliche Ordnung in Frage. Von der Sicherungseinziehung wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung werden Gegenstände erfasst, die für weitere Delikte verwendet werden könnten und damit die strafrechtlich geschützte öffentliche Ordnung im weitesten Sinne gefährden (Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 63 zu Art. 69 StGB). Am 26. April 2000 wurde für das Grundstück X erstmals ein Baustopp verfügt, weil auf diesem Grundstück Bauarbeiten ausgeführt wurden, für welche keine Baubewilligung eingeholt worden war. Da in der Folge auf demselben Grundstück weitere Bauarbeiten ohne eine entsprechende Bewilligung vorgenommen wurden, verfügte die Einwohnergemeinde für besagte Parzelle am 7. Mai 2004 erneut einen Baustopp. Dass ein Baustopp nur für die Nachbarparzelle besteht, wie der Beschwerdeführer behauptet, entspricht nicht den Tatsachen. Im Jahr 2005 wurde der Beschwerdeführer schliesslich vom Kantonsgericht rechtskräftig wegen fahrlässiger Widerhandlung gegen das Baugesetz verurteilt. Am 30. Juni sowie 11. Juli 2011 gingen bei der Einwohnergemeinde, Fachbereich Bau/Planung, Anzeigen gegen den Beschwerdeführer wegen erneuter unrechtmässiger Bauarbeiten ein. In der Folge erhob die Einwohnergemeinde am 9. August 2011 Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer. Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer bereits mehrfach allenfalls unberechtigt Bauarbeiten auf dem Grundstück X ausgeführt hat und mindestens einmal mit diesem Verhalten einen Straftatbestand erfüllt hat. Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die Bautätigkeit des Beschwerdeführers in der Vergangenheit liegt demnach vor. Dass er nicht berechtigt ist, auf dem Grundstück X ohne Baubewilligung Bauarbeiten auszuführen, musste ihm aufgrund der ihm zur Kenntnis gebrachten Verfügungen über den Baustopp, spätestens aber nach dem abgeschlossenen Strafverfahren im Jahr 2005, klar sein. Trotzdem hat sich der Beschwerdeführer in der Folge wieder über den verfügten Baustopp hinweggesetzt, dies sogar noch nachdem er am 29. Juli 2011 von der Einwohnergemeinde auf das rechtmässige Vorgehen hingewiesen und zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs aufgefordert worden war. Weder die strafrechtliche Verurteilung noch die gegen ihn eingereichte Strafanzeige konnten ihn davon abhalten, auf besagtem Grundstück Bauarbeiten auszuführen. Insgesamt spricht das Verhalten des Beschwerdeführers dafür, dass er auch in Zukunft wieder ohne entsprechende Bewilligung mit dem beschlagnahmten Bauwerkzeug Bauarbeiten auf dem mit einem Baustopp belegten Grundstück X ausführen würde. Von

einer konkreten Gefahr für die öffentliche Ordnung ist daher auch für die Zukunft auszugehen.

4.4.2.3 Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit einer möglichen späteren Einziehung ist zunächst zu prüfen, ob diese geeignet wäre, den Beschwerdeführer von künftigem deliktischem Verhalten abzuhalten. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Im Zusammenhang mit der Zwecktauglichkeit ist jedoch zu beachten, dass Maschinen und Baugeräte wie die beschlagnahmten in einem Baufachhandel erhältlich sind und daher relativ einfach wiederbeschafft werden können. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass von den beschlagnahmten Gegenständen im Besitz des Beschwerdeführers eine dauernde und unmittelbare Gefahr weiterer Delinquenz ausgeht. Eine Einziehung würde diese Gefahr zumindest vorübergehend bannen und die Hemmschwelle für weiteres strafbares Verhalten erhöhen. Der Beschwerdeführer müsste sich das entsprechende Werkzeug zuerst wieder beschaffen, was einen gewissen Aufwand erfordert (vgl. Baumann, a.a.O., N. 14b zu Art. 69 StGB). Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit weiter zu berücksichtigen ist, dass das beschlagnahmte Werkzeug nach Angaben des Beschwerdeführers und des mutmasslichen Eigentümers A. in dessen Eigentum steht. Bei bestehenden Drittberechtigungen an der einzuziehenden Sache ist die Verhältnismässigkeit regelmässig dann zu verneinen, wenn die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten durch die Rückgabe der Sache an den Dritten gebannt werden könnte (Schmid, Einziehung, a.a.O., N. 70 zu Art. 69 StGB). Bei Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände an A. wären diese dem direkten Einflussbereich des Beschwerdeführers entzogen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass A. in diesem Fall das Werkzeug dem Beschwerdeführer erneut leihweise zur Verfügung stellen würde. Auch für den Beschwerdeführer wäre es mit weniger Kosten und Aufwand verbunden, sich für die Beschaffung von Bauwerkzeug wiederum an A. zu wenden, da dieser aus beruflichen Gründen über die notwendigen Geräte verfügt. Zudem ist er in der Gemeinde Z. ansässig, weshalb der Beschwerdeführer auch keine grosse Distanz zurücklegen müsste. Es ist daher davon auszugehen, dass durch die Rückgabe des beschlagnahmten Bauwerkzeugs an A. die Missbrauchsgefahr nicht vollständig gebannt werden könnte. Ob der behauptete Drittanspruch tatsächlich besteht, wird im Übrigen bei der Beurteilung der definitiven Einziehung im Rahmen des Strafverfahrens zu klären sein. Eine weniger weitgehende Massnahme zur Sicherstellung der öffentlichen Ordnung ist vorliegend sodann nicht ersichtlich. Die strafrechtliche Verurteilung und die gegen ihn eingereichte Strafanzeige vermochten den Beschwerdeführer jedenfalls nicht von einer erneuten Bautätigkeit abzuhalten. Insgesamt wäre eine Einziehung, insbesondere angesichts der in Frage stehenden erneuten Deliktsbegehung durch den Beschwerdeführer, wohl nicht als übermässig hart und damit unverhältnismässig anzusehen. Nach dem Gesagten erscheint eine spätere Sicherungseinziehung der beschlagnahmten Gegenstände als genügend wahrscheinlich, um die Beschlagnahme zu rechtfertigen.

4.4.3 Die Beschlagnahme des beim Beschwerdeführer vorgefundenen Bauwerkzeugs ist geeignet und erforderlich, um eine spätere Einziehung desselben sicherzustellen und zu verhindern, dass der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit trotz bestehendem Baustopp weitere unbewilligte Bauarbeiten ausführt. Eine mildere Massnahme, die den Beschwerdeführer davon abhalten würde weiter zu bauen, ist nicht ersichtlich, wie vorstehend bereits ausgeführt wurde. Weder die strafrechtli-

che Verurteilung noch die erneut gegen ihn eingereichte Strafanzeige vermochten den Beschwerdeführer von einer weiteren Bautätigkeit abzuhalten. Die Beschlagnahme muss schliesslich zumutbar sein, das heisst, die Bedeutung der Straftat muss die Zwangsmassnahme rechtfertigen. Dieses Erfordernis erlangt insbesondere bei Übertretungen Bedeutung. Dass eine Beschlagnahme bei Übertretungen nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich bereits aus deren Zweck. So muss es möglich sein, Gegenstände zu beschlagnahmen, die bei Übertretungen eventuell als Tatmittel eingesetzt wurden oder aus der Delinquenz hervorgegangen sind, sofern diese die Sicherheit, Sittlichkeit oder öffentliche Ordnung gefährden könnten. An der Zumutbarkeit fehlt es, wenn eine Beschlagnahme im Hinblick auf das betroffene Grundrecht unangemessen erscheint (Heimgartner, a.a.O., 168). Auch der Besitz an Gegenständen wird durch die Eigentumsgarantie geschützt. Der Beschwerdeführer wird durch die Beschlagnahme des Bauwerkzeugs aber nicht übermässig belastet, da er einen Grossteil der Bauarbeiten aufgrund des für das Grundstück X bestehenden Baustopps ohnehin nicht ausführen darf. Der Gebrauch der beschlagnahmten Gegenstände wird dem Beschwerdeführer sodann auch nicht dauernd verunmöglicht. Die Beschlagnahme stellt lediglich eine vorübergehende Massnahme dar, die nur eine beschränkte Zeit, bis zum definitiven Entscheid über die Einziehung im Strafverfahren, andauert. Schliesslich ist im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit noch die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Drittberechtigung an den beschlagnahmten Gegenständen zu berücksichtigen. Trifft die Behauptung des Beschwerdeführers zu, das beschlagnahmte Bauwerkzeug stehe im Eigentum von A., so ist auch dieser von der Beschlagnahme betroffen, weshalb bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ein strengerer Massstab anzuwenden wäre. Diesbezüglich drängt sich nun aber die Frage auf, weshalb der Beschwerdeführer erst mehr als zwei Monate nach Einreichung der Beschwerde Dritteigentum an den beschlagnahmten Gegenständen geltend gemacht und eine entsprechende Bestätigung von A. eingereicht hat. Naheliegend wäre es vielmehr gewesen, den Umstand, dass die beschlagnahmten Gegenstände ihm gar nicht gehören, bereits in der Beschwerde vorzubringen. Werden Gegenstände einer Person beschlagnahmt, die ihr gar nicht gehören, kann wohl selbst von einem Laien erwartet werden, dass er die Eigentumsverhältnisse umgehend klarstellt. Weiter ist fraglich, warum A., sollten ihm die beschlagnahmten Gegenstände tatsächlich gehören, sich nicht direkt an das Gericht gewandt und deren Herausgabe verlangt hat, sobald er von der Beschlagnahme und dem laufenden Verfahren Kenntnis erlangt hatte und sich stattdessen lediglich indirekt über den Anwalt des Beschwerdeführers vernahmen liess. Ebenfalls leuchtet nicht ein, weshalb A. während mehrerer Wochen auf sein Werkzeug verzichten konnte, wenn er es doch für die Tätigkeit in seinem Betrieb braucht. Auch wird in keiner Weise dargelegt, weshalb A. das Werkzeug genau zum jetzigen Zeitpunkt wieder benötigt. In Anbetracht dieser Umstände drängt sich der Verdacht auf, dass es sich beim vom Beschwerdeführer behaupteten Dritteigentum um eine Schutzbehauptung handelt. Aber auch tatsächlich bestehendes Dritteigentum vermöchte nichts an der Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme zu ändern, insbesondere angesichts deren lediglich vorübergehenden Dauer; zumal bei der Herausgabe des beschlagnahmten Werkzeugs an A. zu befürchten wäre, dass dieser dem Beschwerdeführer das Bauwerkzeug erneut zur Verfügung stellen würde, womit der Zweck der Beschlagnahme, die Verhinderung weiterer Rechts- und Sachschäden, vereitelt würde. Nach dem Gesagten ist die Verhältnismässigkeit der Einziehungsbeschlagnahme zu bejahen.

4.5 Insgesamt erweist sich die mit Beschlagnahmebefehl vom 20. November 2011 angeordnete Beschlagnahme zum Zweck der Sicherung einer späteren Einziehung (Art. 263 lit. d StPO) als rechtmässig.

5. Zu klären bleibt die Frage nach der Rechtmässigkeit des Vorgehens der Polizei anlässlich der Hausdurchsuchung und Sicherstellung der beschlagnahmten Gegenstände.

5.1 Der Beschwerdeführer erachtet das ganze Vorgehen der Polizei als völlig unverhältnismässig. Er macht zunächst geltend, es habe sich dabei um eine gezielte, gegen ihn gerichtete Polizeiaktion gehandelt, die sehr wahrscheinlich vom Chef der Bauverwaltung ausgelöst worden sei. Dass die Polizeibeamten zufälligerweise vor Ort gesehen hätten, wie er grössere Bauarbeiten ausführe, sei nicht glaubhaft. Dabei handle es sich nur um einen Vorwand für die Durchführung der unverhältnismässigen Polizeiaktion. Des Weiteren beanstandet er die Wegnahme seines Hausschlüssels durch einen der Polizeibeamten während der Hausdurchsuchung.

5.2/5.2.1 Die Polizei ist nach der StPO eine vollwertige Strafbehörde mit entsprechenden Rechten und Pflichten (vgl. Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 3 zu Art. 12 StPO). Aufgabe der Polizei ist es gemäss Art. 306 StPO, im Ermittlungsverfahren auf der Grundlage von Anzeigen, Anweisungen der Staatsanwaltschaft oder eigenen Feststellungen den für eine Straftat relevanten Sachverhalt festzustellen (Abs. 1). Sie hat namentlich Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten, geschädigte und tatverdächtige Personen zu ermitteln und zu befragen und tatverdächtige Personen nötigenfalls anzuhalten und festzunehmen oder nach ihnen zu fahnden (Abs. 2). Die Polizei richtet sich bei ihrer Tätigkeit nach den Vorschriften über die Untersuchung, die Beweismittel und die Zwangsmassnahmen (Abs. 3). Für die Beweiserhebung stellt die StPO zahlreiche Beschränkungen auf, insbesondere bei den Zwangsmassnahmen, welche die Polizei nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen vornehmen darf (vgl. Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 5 und 11 zu Art. 306 StPO). Führt die Polizei im Rahmen ihrer Befugnisse Zwangsmassnahmen durch, ist sie an die gleichen Regeln und Schranken gebunden, innerhalb derer Staatsanwaltschaft und Gericht Zwangsmassnahmen anordnen dürfen (Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 9 zu Art. 198 StPO). Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden grundsätzlich von der Staatsanwaltschaft mittels schriftlichen Befehls angeordnet. In dringenden Fällen kann eine Beschlagnahme mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen (Art. 241 Abs. 1 und Art. 263 Abs. 2 StPO). Ist Gefahr im Verzug, kann die Polizei auch ohne Befehl Durchsuchungen vornehmen und Gegenstände zuhanden der Staatsanwaltschaft vorläufig sicherstellen (Art. 241 Abs. 3 und Art. 263 Abs. 3 StPO).

5.2.2 Aus dem Bericht der Kantonspolizei und den Untersuchungsakten geht hervor, dass die Polizei aufgrund einer Anzeige des Beschwerdeführers bei dessen Nachbarn am 19. November 2011 eine Tierschutzkontrolle durchführte. Bei dieser Gelegenheit konnten die anwesenden Polizeibeamten den Beschwerdeführer bei der Ausführung von Bauarbeiten beobachten. Sie vergewisserten sich durch Nachfrage bei der Einwohnergemeinde, dass für das betreffende Grundstück ein Baustopp besteht. Daraufhin führten sie nach Rücksprache mit dem zuständigen Piktetstaatsanwalt auf dessen mündliche Anordnung hin beim Beschwerdeführer

eine Hausdurchsuchung durch und stellten die zu beschlagnahmenden Gegenstände vorläufig sicher. Da für das Grundstück, auf welchem der Beschwerdeführer Bauarbeiten ausführte, ein Baustopp besteht, durfte die Polizei davon ausgehen, dass er mit seiner Bautätigkeit mutmasslich eine Straftat begangen hat. Stellt die Polizei ein möglicherweise deliktisches Handeln fest, ist es ihre Aufgabe, den für die Straftat relevanten Sachverhalt abzuklären sowie Spuren und Beweise sicherzustellen (Art. 306 StPO). Die Polizei war im vorliegenden Fall also berechtigt, aufgrund ihrer eigenen Feststellungen die zur Abklärung der möglichen Straftat notwendigen Beweissmassnahmen zu ergreifen. Sie befand sich zum fraglichen Zeitpunkt deshalb in der Umgebung des Beschwerdeführers, weil sie eine bei ihr eingegangene Strafanzeige überprüfte. Dies kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden. Wie der Beschwerdeführer zur Ansicht gelangt, es habe sich beim Handeln der Polizei um eine gezielte Aktion gegen ihn gehandelt, ist nicht ersichtlich, zumal er selbst die Strafanzeige gegen seine Nachbarn eingereicht hatte und daher mit der Anwesenheit der Polizei rechnen musste. Er begründet diesen Vorwurf in der Beschwerdeschrift dann auch in keiner Weise. Die Polizei handelte entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag und war zur Vornahme der durchgeführten Zwangsmassnahmen befugt. Hätte sie mit der Vornahme dieser Massnahmen zugewartet, wäre ein Beweisverlust zu befürchten gewesen.

5.3/5.3.1 Wie dargelegt hat sich die Polizei bei ihrer Ermittlungstätigkeit an die Regeln der StPO, insbesondere an die Vorschriften über die Untersuchung, die Beweismittel und die Zwangsmassnahmen zu halten (Art. 306 Abs. 3 StPO). Führt die Polizei in ihrem Zuständigkeitsbereich Zwangsmassnahmen durch, hat sie die allgemeinen Grundsätze von Art. 197 StPO zu beachten. Für die Durchführung von Durchsuchungen bestimmt Art. 242 StPO ausserdem, dass die durchführenden Behörden oder Personen geeignete Sicherheitsvorkehrungen treffen, um das Ziel der Massnahme zu erreichen (Abs. 1). Sie können Personen untersagen, sich während der Durchsuchung oder Untersuchung zu entfernen (Abs. 2). Sicherheitsvorkehrungen im Sinne von Art. 242 Abs. 1 StPO sind etwa das Absperrn von Gebäuden und Strassen, Zugangssperren sowie das Festhalten und Fixieren von Personen. Beschuldigte, Dritte oder auch äussere Umstände sollen das Ziel der Massnahme nicht beeinträchtigen. Solche Sicherheitsvorkehrungen müssen, wie sämtliche Handlungen im Rahmen von Zwangsmassnahmen, notwendig und verhältnismässig sein (vgl. Keller, a.a.O., N. 1 zu Art. 242 StPO).

5.3.2 Anlässlich der Hausdurchsuchung nahm der Polizeibeamte S. den Schlüsselbund mit dem Hausschlüssel des Beschwerdeführers, welcher an der Innenseite der Haustüre steckte, vorübergehend an sich. Die Abnahme des Hausschlüssels erfolgte ohne Gewaltanwendung. Dies wurde vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Nach Beendigung der Hausdurchsuchung wurde dem Beschwerdeführer der Hausschlüssel sofort wieder ausgehändigt. Gemäss den Ausführungen der Kantonspolizei in ihrem Bericht vom 1. Dezember und der Stellungnahme vom 13. Dezember 2011 sollten mit dieser Massnahme eine Vereitelung der Hausdurchsuchung und eine Eskalation der Situation verhindert werden. Es wird dargelegt, aufgrund früherer Erfahrungen habe mit starken Gemütsregungen des Beschwerdeführers gerechnet werden müssen. Er habe sich bereits bei einer früheren Gelegenheit in sein Haus eingeschlossen und die Behörden nicht mehr hineingelassen.

Die vorübergehende Wegnahme des Hausschlüssels war eine geeignete Sicherheitsvorkehrung, um den ungehinderten Zugang zu dem zu durchsuchenden Wohnhaus sicherzustellen und die Hausdurchsuchung zu ermöglichen. Geht man von den Darstellungen der Kantonspolizei aus, scheint sie aufgrund des früheren Verhaltens des Beschwerdeführers zur Sicherung des Zugangs und für einen geregelten Ablauf der Hausdurchsuchung auch notwendig gewesen zu sein. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ausführungen der Kantonspolizei nicht der Wahrheit entsprechen, zumal sie vom Beschwerdeführer unwidersprochen geblieben sind. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Kantonspolizei aufgrund früherer Vorkommnisse mit Schwierigkeiten bei der Durchführung der Hausdurchsuchung und Vereitelungsversuchen seitens des Beschwerdeführers rechnen musste. Ein milderer Mittel zur Erreichung desselben Ziels ist sodann nicht ersichtlich. Durch die Wegnahme des Hausschlüssels konnte im Gegenteil verhindert werden, dass sich die Polizei allenfalls gewaltsam Zugang zur Liegenschaft des Beschwerdeführers verschaffen musste. Die Wahrscheinlichkeit, dass im Laufe der Durchsuchung die Anwendung von Gewalt notwendig werden würde, konnte so vermindert werden. Die Wegnahme des Hausschlüssels stellte auch keinen schweren Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers dar. Er bekam den Schlüssel unmittelbar nach Beendigung der Durchsuchung und Sicherstellung der beschlagnahmten Gegenstände zurück. Die Massnahme war nur vorübergehender Natur und dauerte nicht länger als notwendig. Schliesslich erfolgte die fragliche Massnahme ohne jegliche Gewaltanwendung. Insgesamt war die vorübergehende Wegnahme des Hausschlüssels des Beschwerdeführers durch die Polizei verhältnismässig. Die Wegnahme des Schlüssels stellte eine notwendige und zulässige Sicherheitsvorkehrung dar. Das Vorgehen der Polizei ist nicht zu beanstanden.

6. Zusammengefasst waren sowohl die mit Beschlagnahmebefehl vom 20. November 2011 angeordnete Beschlagnahme als auch das Vorgehen der Polizei anlässlich der Hausdurchsuchung rechtmässig. Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der unterliegende Beschwerdeführer zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

22

### **Art. 393 StPO; Art. 19b Abs. 1 GOG**

#### **Abgrenzung der Beschwerde nach StPO von der Aufsichtsbeschwerde nach GOG.**

Entscheidung des Obergerichts vom 3. Oktober 2012

Aus den Erwägungen:

1./1.1 Der Beschwerdeführer verlangt mit seiner Beschwerdeeingabe im Wesentlichen eine saubere und faire Abklärung des geschilderten Falles sowie eine gültige rechtliche Auskunft des Gerichts. Er nimmt Bezug auf seine der Beschwerdege-

nerin eingereichten, aber von dieser nicht beantworteten Fragen und wirft der Beschwerdegegnerin vor, sie schlage den Weg des geringsten Aufwandes ein.

1.2 Die Schweizerische Strafprozessordnung regelt die Beschwerde in Art. 393 ff. StPO. Danach ist die Beschwerde unter anderem zulässig gegen die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO dient vor allem dazu, korrigierend in den Verlauf des Vorverfahrens einzuwirken. Sie erfasst aber auch Entscheide der Strafverfolgungsbehörden, welche dieses Vorverfahren abschliessen (ohne den Strafbefehl) sowie einzelne Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts (Andreas J. Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N. 1 zu Art. 393 StPO). Im Gegensatz zur Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO ist die kantonale Aufsichtsbeschwerde nach Art. 19 ff. GOG kein Rechtsmittel im dogmatischen Sinn, sondern ein formloser Rechtsbehelf, durch den ein Verhalten einer Behörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet werden kann. Die Aufsichtsbehörde soll damit veranlasst werden, von ihrer Aufsichts- und Disziplinarergreifungsgehalt zu machen und so gegen Missstände einzuschreiten. Mittels Aufsichtsbeschwerden können in einem umfassenden Sinne Rechts- und Pflichtverletzungen von Justizfunktionären gerügt werden, wie fehlerhafte (vor allem willkürliche und klar rechtswidrige) Anordnungen, aber auch unbotmässiges Verhalten (Keller, a.a.O., N. 3 zu Art. 393 StPO, mit Hinweisen). Der Anwendungsbereich von Aufsichtsbeschwerden im Strafverfahren ist nur mehr sehr begrenzt. Raum für die Aufsichtsbeschwerde bleibt dort, wo die Rüge z.B. ein Verhalten der Staatsanwaltschaft betrifft, welches für sich selbst nicht als Verfahrenshandlung im Sinne einer inhärenten Modalität verknüpft ist (Keller, a.a.O., N. 4 zu Art. 393). Mit Aufsichtsbeschwerden können beispielsweise beleidigendes, unanständiges Verhalten oder Tätlichkeiten gegen Parteien gerügt werden, also regelmässig Verhaltensweisen, die nicht in unmittelbarem Konnex mit der Verfahrensführung im konkreten Fall stehen (Niklaus Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N. 1501). Es gilt vorliegend zu beurteilen, ob die Eingabe des Beschwerdeführers vom 24. Januar 2012 eine Beschwerde im Sinne von Art. 393 ff. StPO oder eine Aufsichtsbeschwerde nach kantonalem Recht darstellt.

2./2.1 Der Beschwerdeführer erhebt in seinen zahlreichen Schreiben an die Beschwerdegegnerin und in seiner Eingabe vom 24. Januar 2012 mehrere Vorwürfe gegen die Beschwerdegegnerin. Diese lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen: Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine ungenügende Abklärung des Sachverhalts, insbesondere beanstandet er die fehlende Befragung von M. und D. Zudem müsse mit der Aufzeichnung des Telefonanrufes von D. an die Polizei ein Beweismittel vorliegen, das bestätige, dass dieser ihn der sexuellen Belästigung beschuldigt habe. Sodann wirft er der Beschwerdegegnerin vor, dass sie die Straftaten nicht von Amtes wegen verfolgt habe, obwohl es sich um Officialdelikte handle. Er verlangt eine Bestrafung von D. und dessen Verurteilung zur Bezahlung einer Busse zuhanden der Stiftung Rütimattli. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, dass er das Schreiben betreffend den Rückzug seiner Strafanzeige nicht unterzeichnet habe und die Verfahrenseinstellung deshalb ungültig sei. Schliesslich fordert er, dass D. seine Anwaltskosten von Fr. 543.40 übernehmen solle.

Mit diesen Rügen erhebt der Beschwerdeführer Einwände, die im unmittelbaren Konnex zur Verfahrensführung im konkreten Fall stehen, d.h. mit der Einstellungsverfügung vom 10. Februar 2011 als solcher oder dem vorausgegangenen Verfahren. Damit beschwert er sich in der Sache selbst. Dafür steht grundsätzlich die Beschwerde nach Art. 393 StPO zur Verfügung.

2.2 Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft sind in der Regel mit Beschwerde anfechtbar. Darunter fallen insbesondere auch verfahrensleitende Verfügungen (Keller, a.a.O., N. 13 zu Art. 393). Mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 10. Februar 2011 wurde das Vorverfahren abgeschlossen. Es handelt sich mithin um eine verfahrensleitende Verfügung, die der Beschwerde zugänglich ist. Dementsprechend sieht auch Art. 322 Abs. 2 StPO die Möglichkeit zur Erhebung einer Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung ausdrücklich vor.

2.3 Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist innert 10 Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Die Rechtsmittelfrist beginnt am Tag nach der Zustellung zu laufen (Art. 90 Abs. 1 StPO). Bei Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich eröffnet wurden, beginnt die Frist mit der tatsächlichen Kenntnisnahme der Handlung (Art. 384 lit. c StPO; Keller, a.a.O. N. 2 f. zu Art. 396). Die Beschwerde vom 24. Januar 2012 gegen die Einstellungsverfügung vom 10. Februar 2011 erweist sich offensichtlich als nicht fristgerecht. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten. ...

3./3.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass auf die Beschwerde im Sinne von Art. 393 ff. StPO nicht eingetreten werden kann. Es bleibt zu prüfen, ob eine Aufsichtsbeschwerde nach Art. 19 ff. GOG in Frage kommt. Gemäss Art. 19 GOG übt das Obergericht die Aufsicht über alle Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft aus. Der Aufsicht unterstehen alle Bereiche der Geschäftsführung, insbesondere die Gerichtsleitung, die Organisation, die Fallerledigung sowie das Personal- und Finanzwesen (Art. 19a Abs. 1 GOG). Die Aufsicht bezweckt die gesetzmässige, zweckmässige und haushälterische Aufgabenerfüllung der beaufsichtigten Behörde (Abs. 3). Die Aufsicht wird unter anderem durch die Erledigung von Aufsichtseingaben nach Art. 19b Abs. 1 lit. f GOG ausgeübt. Raum für die Aufsichtsbeschwerde besteht – wie erwähnt – dort, wo die Rüge ein Verhalten der Staatsanwaltschaft betrifft, welches für sich selbst nicht als Verfahrenshandlung einzustufen ist und auch nicht im unmittelbaren Konnex mit der Verfahrensführung im vorliegenden Strafverfahren steht, wie beispielsweise beleidigendes, unanständiges Verhalten (Schmid, a.a.O., N. 1501). Zur Erhebung einer Aufsichtsbeschwerde bedarf es keiner besonderen Legitimation. Dieser Rechtsbehelf kann von jedermann eingelegt werden. Dabei sind auch keine formellen Erfordernisse zu erfüllen (Thomas Bürgi, Die Rechtsmittel im Obwaldner Strafprozessrecht, Stans 1989, 34).

3.2 Der Beschwerdeführer wirft der Beschwerdegegnerin undifferenziert vor, dass in der vorliegenden Angelegenheit nicht alles sauber abgewickelt worden sei. Ob er damit lediglich auf die bereits erwähnten Rügen Bezug nimmt oder ob er sich betreffend das weitere Verhalten der Beschwerdegegnerin beschweren möchte, ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer rügt weiter, dass die Beschwerdegegnerin

einige Fragen seiner Schreiben nicht beantwortet habe und er müsse deshalb annehmen, dass der Weg des geringsten Aufwandes eingeschlagen worden sei.

3.3 Aus den Beanstandungen des Beschwerdeführers und den Akten ist kein beleidigendes, unanständiges oder sonstwie unkorrektes Verhalten der Beschwerdegegnerin auszumachen. Insbesondere hat sich die Beschwerdegegnerin mehrfach mit den Anliegen des Beschwerdeführers befasst und auch eingehend dazu schriftlich Stellung genommen. Dass sie sich dabei auf das Wesentliche beschränkt hat, entspricht der Tragweite des Falles. Insgesamt ist keinerlei unbotmässiges Verhalten der Beschwerdegegnerin erkennbar. Die Aufsichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet abzuweisen ist. Gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen zu tragen. Vorliegend wurde der Beschwerde nicht stattgegeben, weshalb der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 20 Ziff. 1 und Art. 25a GebOR).

23

#### **Art. 410 StPO**

#### **Revision eines Strafbefehls wegen Nichtbeherrschens des Fahrzeugs und Verursachens eines Selbstunfalls infolge nachträglich bekannt gewordener Mängel des Strassenbelags?**

Entscheid des Obergerichts vom 9. Oktober 2013

Sachverhalt:

Am 8. Oktober 2011, ca. 16.00 Uhr verursachte B. auf der Autostrasse A8, Fahrtrichtung Luzern, bei Km 83.9 einen Selbstunfall. Nach einer seitlichen Streifkollision mit der Mittelleitplanke, die nach seinen Aussagen auf einen Reifenplatzer zurückzuführen sein könnte, verlor er die Herrschaft über sein Fahrzeug. In der Folge überquerte er den rechten Fahrstreifen und den Standstreifen und kollidierte heftig mit der Leitplanke rechts. Am Fahrzeug und an der Leitplanke entstand ein Sachschaden. B. blieb unverletzt.

Mit Strafbefehl vom 18. Januar 2012 sprach die Staatsanwaltschaft B. schuldig wegen Nichtbeherrschens des Personenwagens X und Verursachens eines Selbstunfalls in Anwendung von Art. 31 Abs. 1 und Art. 90 Ziff. 1 SVG und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 300.--. Dieser Strafbefehl erwuchs in Rechtskraft.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2012 verlangte B. die Revision des Strafbefehls und beantragte, der Ausweisentzug und die Busse seien aufzuheben und die Verfahrenskosten zurückzuerstatten. Er begründete sein Gesuch damit, dass es im Ver-

laufe des letzten Jahres immer wieder zu Unfällen in diesem Strassenabschnitt gekommen sei. Nun habe man der Presse entnehmen können, dass das Bundesamt für Strassen (ASTRA) entschieden habe, bei nasser Fahrbahn die Höchstgeschwindigkeit von 100 auf 80 km/h zu reduzieren. Zudem solle der Belag auf diesem Strassenstück ausgewechselt werden. Dies sei ein klares Indiz dafür, dass der Belag bei Nässe rutschig und damit gefährlich werde. Es erkläre auch, weshalb er damals nicht gewusst habe, weshalb das Fahrzeug ins Rutschen geraten sei.

In der Folge holte der Obergerichtspräsident beim ASTRA Auskünfte betreffend die Verkehrssicherheit auf der Nationalstrasse A8 in Alpnachstad ein. Am 7. Februar 2013 äusserte sich das Bundesamt zu den Fragen.

Aus den Erwägungen:

1. Vorweg ist festzuhalten, dass gegen den Strafbefehl vom 15. Oktober 2012 keine Einsprache erhoben wurde. Er wurde daher zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Nach Art. 410 Abs. 1 StPO ist die Revision auch gegen Strafbefehle zulässig. Die Annahme eines Strafbefehls bedeutet zwar Verzicht auf das ordentliche Verfahren und damit auf das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegen ein aufgrund einer Hauptverhandlung gefälltes Urteil, nicht aber auch Verzicht auf das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision (Thomas Fingerhuth, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich 2010, N. 16 zu Art. 410 StPO, mit Hinweisen). ...

3. Die Revision bzw. die Wiederaufnahme des Verfahrens ist sowohl in der Schweizerischen Strafprozessordnung als auch im Schweizerischen Strafgesetzbuch geregelt.

Nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann, wer durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Strafbefehl, einen nachträglichen richterlichen Entscheid oder einen Entscheid im selbstständigen Massnahmenverfahren beschwert ist, die Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen.

Gemäss Art. 385 StGB haben die Kantone gegenüber Urteilen, die auf Grund dieses oder eines andern Bundesgesetzes ergangen sind, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten zu gestatten.

In der Lehre besteht keine Einigkeit darüber, ob Art. 385 StGB mit Inkraftsetzung von Art. 410 StPO gegenstandslos geworden ist (vgl. Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N. 1582; Marianne Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar Schweizerisches Strafprozessordnung, 2011, N. 7 zu Art. 410 StPO) oder bis zu seiner Aufhebung ebenfalls eine direkt anwendbare Grundlage für die Revision bildet (Fingerhuth, a.a.O., Art. 410 StPO N. 1). Diese Frage ist jedoch nur theoretischer Natur, ziehen doch alle Auto-

ren bei der Auslegung von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO die Rechtsprechung zu Art. 385 StGB bzw. Art. 397 aStGB heran. In diesem Sinne hielt auch die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts fest, dass Art. 385 StGB von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO übernommen wird (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085, 1319, vgl. auch OGE SR 12/025, i.S. P.S. vom 26. Juni 2013, E. 2).

4./4.1 Es stellt sich vorliegend die Frage, ob ein Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO gegeben ist. Neu sind Tatsachen oder Beweismittel, wenn sie dem Gericht zur Zeit der Urteilsfällung nicht bekannt waren, ihm überhaupt nicht in irgendeiner Form zur Beurteilung vorlagen oder von ihm trotz ihrer Bedeutung und Massgeblichkeit übersehen wurden. Der Richter ist nicht gehalten, sich in der Urteilsbegründung mit jeder Einzelheit und jedem noch denkbaren Argument ausdrücklich auseinanderzusetzen. Auszugehen ist aber stets davon, dass der Richter in voller Kenntnis des gesamten Akteninhalts entschieden hat; wenn ein Aspekt in den Erwägungen nicht genannt und diskutiert wird, ist auch im Zweifelsfall nicht davon auszugehen, dass er unerkannt geblieben ist. Demnach hat in derartigen Fällen der Geschworene darzutun, dass dem Richter aus den Akten ersichtliche Tatsachen unbekannt geblieben sind und dass er im Falle ihrer Kenntnis anders entschieden hätte (Fingerhuth, a.a.O., N. 58 zu Art. 410 StPO, mit Hinweisen; Heer, a.a.O., N. 34 und N. 41 zu Art. 410 StPO; BGE 99 IV 183; 122 IV 68). Bei einem Strafbefehl bedeutet Neuheit nach der Praxis des Bundesgerichts, dass der Sachverhalt nicht in den Akten enthalten war (Heer, a.a.O., N. 34 zu Art. 410 StPO; BGE 130 IV 74 in Pra 94/2005 Nr. 130). Die Frage nach der objektiven Möglichkeit einer früheren Kenntnisnahme wird im Regelfall nicht gestellt. Nicht von Bedeutung ist entsprechend, ob das Gericht effektiv um eine Tatsache hätte wissen können oder nicht (Heer, a.a.O., N. 40 zu Art. 410 StPO, mit Hinweisen). Nicht Grundlage für eine Revision können neue rechtliche Überlegungen bilden. Ein blosser Rechtsfehler genügt deshalb nicht für eine Revision. Der Vorwurf an das Gericht, die Elemente falsch gewürdigt zu haben, von denen es Kenntnis hatte, stellt ebenfalls keinen Revisionsgrund dar (Fingerhuth, a.a.O., N. 54 und N. 60 zu Art. 410 StPO; Heer, a.a.O., N. 37 zu Art. 410 StPO).

4.2/4.2.1 Der Revisionskläger macht geltend, im Verlaufe des letzten Jahres sei es immer wieder zu Unfällen, meist Selbstunfällen, in diesem Strassenabschnitt gekommen. Nun habe man der Presse entnehmen können, dass das Bundesamt für Strassen (ASTRA) entschieden habe, dass bei nasser Fahrbahn die Höchstgeschwindigkeit von 100 auf 80 km/h zu reduzieren sei. Im Weiteren solle in nächster Zeit der Belag auf diesem Strassenstück ausgewechselt werden. Dies sei ein klares Indiz, dass der Belag bei Nässe rutschig und damit gefährlich werde. Es erkläre ihm auch, weshalb er damals nicht gewusst habe, weshalb sein Fahrzeug ins Rutschen gekommen sei.

4.2.2 In seiner schriftlichen Auskunft führte das ASTRA aus, es sei von der Kantonspolizei Obwalden und der für den Betrieb und Unterhalt zuständigen Gebiets Einheit zentras, Emmenbrücke (GE X) auf die Unfallhäufigkeit aufmerksam gemacht worden. Am 10. August und 13. Oktober 2012 seien im betroffenen Abschnitt Griffigkeitsmessungen durchgeführt worden. Die Messresultate seien alle unter dem Normwert gewesen. Aufgrund der Unfallhäufigkeit und der Ergebnisse dieser Messresultate sei am 28. September 2012 die Höchstgeschwindigkeit auf

80 km/h reduziert worden. Am 8. November 2012 seien mittels Wasserhöchst-  
druckverfahren griffigkeitsverbessernde Massnahmen durchgeführt und gleichen-  
tags eine Folgemessung durchgeführt worden. Dabei habe eine um 20–43 % besse-  
re Griffigkeit festgestellt werden können. Insgesamt liege diese aber immer noch  
unter dem Normwert. Im dritten Quartal 2013 werde der Belag in diesem Ab-  
schnitt komplett erneuert. Der Belag werde unabhängig von der normwidrigen  
Griffigkeit im Rahmen der langfristigen, ordentlichen Unterhaltsplanung ersetzt.

4.3/4.3.1 Vorab gilt es klarzustellen, dass aufgrund der Ausführungen des ASTRA  
im fraglichen Strassenabschnitt die zulässige Höchstgeschwindigkeit generell von  
100 auf 80 km/h reduziert wurde und diese nicht nur, wie vom Revisionskläger  
angenommen, bei Nässe gilt.

4.3.2 Als Beispiel einer neuen Tatsache nannte das Bundesgericht in BGE 130 IV  
72 den Fall, bei dem ein Lenker, der die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren  
hatte, erst nach abgelaufener Einsprachefrist erfahren hat, dass der Strassenbelag  
Mängel aufwies und sich deshalb noch andere ähnliche Unfälle ereignet hatten, eine  
Tatsache, die auch der Richter nicht gewusst habe (BGE 130 IV 72, E. 2.3 in  
Pra 94/2005 Nr. 130, 262, mit Hinweis). Auch vorliegend hat der Revisionskläger  
erst nach abgelaufener Einsprachefrist von den Belagsmängeln Kenntnis erlangt.  
Die Griffigkeitsmessungen haben denn auch erst im Verlauf des Jahres 2012 statt-  
gefunden, weshalb dieser Sachverhalt auch in den Akten der Staatsanwaltschaft  
nicht zu finden ist. Damit handelt es sich beim mangelhaften Strassenbelag um eine  
neue Tatsache im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO.

4.4/4.4.1 Da es sich beim Revisionsgrund der neuen Tatsachen und Beweismittel  
um einen relativen Revisionsgrund handelt, muss der Revisionsgrund auch erheb-  
lich sein, d.h. zu einer erheblich milderer oder schärferen Bestrafung führen. Dies  
bedeutet zunächst einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit, dass die (unech-  
ten) Nova zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils führen. Nach der Praxis  
ist eine Revision nicht bereits zuzulassen, wenn eine Änderung des früheren Ur-  
teils nicht geradezu als unmöglich oder als ausgeschlossen betrachtet werden muss,  
wobei das Wort "möglich" im Sinne von sicher, höchstwahrscheinlich oder wahr-  
scheinlich zu verstehen ist (Fingerhuth, a.a.O., N. 61 zu Art. 410 StPO, mit Hin-  
weisen; BGE 116 IV 362; 120 IV 249; vgl. auch 122 IV 67). Ein Vergleich des  
angefochtenen mit dem hypothetischen Urteil, das auf der neuen Tatsache oder  
dem neuen Beweismittel beruht, muss überdies ergeben, dass dieses für den Verur-  
teilten bedeutend milder oder bedeutend strenger ist als jenes; das Novum muss  
geeignet sein, die der Verurteilung zugrunde liegenden Feststellungen so zu er-  
schüttern, dass aufgrund des veränderten Sachverhalts ein wesentlich milderes  
(oder strengeres) Urteil möglich ist. An den Nachweis ist kein strenger Massstab  
anzulegen (Fingerhuth, a.a.O., mit Hinweisen).

4.4.2 Der Staatsanwalt hält dem Revisionskläger entgegen, er habe anlässlich der  
polizeilichen Befragung am 16. Dezember 2011 erklärt, der Unfall habe sich auf-  
grund eines geplatzen Reifens ergeben. Der Revisionskläger führt dazu aus, es sei  
ihm unerklärlich, weshalb das Fahrzeug ins Rutschen geraten sei. Er sei sich nicht  
sicher, ob die Reifen vor oder nach der Kollision mit der Leitplanke geplatzt seien.  
Dem Polizeirapport vom 23. Oktober 2011 (ausgedruckt am 29. Dezember 2011)  
ist zu entnehmen, dass die handschriftliche Einvernahme, welche auf dem Unfall-

platz vorgenommen wurde, verloren gegangen war, weshalb der Revisionskläger am 16. Dezember 2011 an seinem Wohnort erneut habe befragt werden müssen. Der rapportierende Polizeibeamte hielt fest, nach einer leichten seitlichen Streifkollision mit der Mittelleitplanke, welche gemäss Aussagen des Revisionsklägers auf einen Reifenplatzer zurückzuführen sein könnte, habe dieser die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren. Zwar hat der Revisionskläger anlässlich der Einvernahme am 16. Dezember 2011 ausgesagt, seiner Meinung nach habe er einen Reifenplatzer gehabt, dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass der Revisionskläger nie von einem anderen Tathergang ausgegangen ist. Da er zu diesem Zeitpunkt nicht vom mangelhaften Belag wusste, ist ihm auch nicht vorzuwerfen, dass er versuchte, sich den Tathergang auf andere Weise zu erklären.

4.4.3 Das ASTRA führt in seiner Stellungnahme aus, es seien selten bis nie nur der Zustand oder die Einflüsse des Belages, die einen Unfall ausschliesslich ursächlich auslösen würden. Ansonsten an der besagten Stelle jeder Automobilist die Kontrolle über sein Fahrzeug verlieren würde. Die Beschaffenheit des Belages sei nicht als aussergewöhnlich zu bezeichnen. Dass die schlechteren Griffigkeitswerte einen Einfluss haben würden, sei wahrscheinlich nicht von der Hand zu weisen. Ob diese adäquat kausal für den Unfall oder einfach ein weiterer Grund für den Unfall gewesen seien, sei schwierig abzuschätzen. Insgesamt geht das ASTRA aber davon aus, dass die geringe Griffigkeit nur einen relativ geringen Beitrag zum Gesamtergebnis darstelle und nicht ausschliesslich ursächlich gewesen sei.

4.4.4 Es stellt sich die Frage, inwiefern sich der Mangel am Strassenbelag auf das Verhalten des Revisionsklägers ausgewirkt hat bzw. ob dieser Mangel ursächlich für den Unfall war. Die sogenannte Adäquantheorie versucht einen Massstab zu formulieren, der dem Gedanken entspricht, dass die (strafrechtliche) Haftung nicht über die Fähigkeit des Menschen, Kausalabläufe zu steuern und zu beherrschen, hinausgreifen kann. Rechtserheblich soll daher nicht jede, sondern nur diejenige natürliche Ursache sein, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Oder umgekehrt formuliert: Rechtserhebliche Kausalität scheidet aus, wenn zu der vom Täter geschaffenen Bedingung ganz aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursachen hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolges erscheinen und so alle mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Angeschuldigten – in den Hintergrund drängen (Günther Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, 165 f., mit Hinweisen).

4.4.5 Vorliegend erscheint der mangelhafte Belag, gestützt auf die Ausführungen des ASTRA nicht als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Unfalls. Es ist den Ausführungen des ASTRA darin zu folgen, dass der mangelhafte Belag allein sicher nicht zum Unfall geführt hat, ansonsten alle andern Automobilisten auch die Kontrolle über ihr Fahrzeug verloren hätten. Immerhin passieren die Unfallstelle im Durchschnitt 25'000 Fahrzeuge pro Tag. Nach eigenen Angaben fuhr der Revisionskläger vor der Kollision ca. 90 km/h. Die Geschwindigkeit ist stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen (Art. 32 Abs. 1

Satz 1 SVG). Zum Unfallzeitpunkt herrschten schlechte Wetter- und Strassenbedingungen. Die Fahrbahn war regennass und damit rutschiger als sonst. Ob der Revisionskläger diesen erschwerten Bedingungen genügend Rechnung getragen hat, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Insgesamt kann aber nicht die Rede davon sein, dass das Verhalten des Revisionsklägers vollständig in den Hintergrund gerückt wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Verhalten des Revisionsklägers zumindest mitursächlich für den Unfall war. Ein Freispruch des Revisionsklägers ist damit unwahrscheinlich. Es ist zudem auch nicht von einem bedeutend milderem Urteil auszugehen, da die Staatsanwaltschaft die Busse bereits im untersten Bereich des Strafrahmens angesiedelt hat. Insgesamt fehlt es damit an der Erheblichkeit des Novums.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO nicht gegeben ist. Das Revisionsgesuch ist unter Kostenfolge zulasten des unterliegenden Revisionsklägers abzuweisen.

24

**Art. 429 Abs. 1 lit. a und Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO  
Anspruch auf Entschädigung für die Verteidigungskosten bei einem Verkehrsunfall mit schweren Verletzungen der Unfallbeteiligten (E. 2). Keine Verweigerung der Entschädigung infolge Geringfügigkeit, wenn sich der Beschuldigte zur Einvernahme durch seinen Verteidiger begleiten liess (E. 3). Bemessung der Entschädigung (E. 4).**

Entscheid des Obergerichts vom 7. März 2012

Aus den Erwägungen:

2./2.1 Gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO hat die beschuldigte Person bei Einstellung des Verfahrens Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte. Die zu erstattenden Aufwendungen bestehen hauptsächlich aus den Kosten der frei gewählten Verteidigung (Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 1329; Wehrenberg/Bernhard, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, N. 12 zu Art. 429). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu entsprechenden früheren kantonalen Bestimmungen ist der Ersatz der Anwaltskosten dann zuzusprechen, wenn der Angeschuldigte nach der Schwere des Tatvorwurfs und nach dem Grad der Komplexität des Sachverhaltes sowie nach seinen persönlichen Verhältnissen objektiv begründeten Anlass hatte, einen Anwalt beizuziehen (BGE 110 Ia 156, E. 1b). Liegt jedoch ein Bagatellfall vor, der von den polizeilichen Behörden ohne Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur untersucht und in der Folge eingestellt werden kann, gebieten Verfassung und EMRK nicht, dass die Öffentlichkeit die Kosten der anwaltlichen Bemühungen trägt. Nach der Praxis des Bundesgerichtes ergibt sich aus dem Recht auf Beizug eines Verteidigers in Bagatellstrafsachen kein Anspruch auf Kostener-

satz im Falle des Obsiegens. Damit ein Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat besteht, muss vielmehr die Einschaltung eines Anwaltes sachlich geboten gewesen sein (Urteil des Bundesgerichts 1P.341/2004 vom 27. Juli 2004, E. 3.3, m.w.H.). An dieser Rechtsprechung ist auch nach Inkrafttreten der StPO festzuhalten (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 1329; Ivana Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 4 zu Art. 429; Wehrenberg/Bernhard, a.a.O., N. 13 zu Art. 429 StPO). Der Staat hat somit die Anwaltskosten nur zu übernehmen, wenn der Beizug eines Rechtsbeistandes angesichts der tatsächlichen Verhältnisse oder der rechtlichen Komplexität notwendig war und wenn der Arbeitsaufwand und somit das Honorar des Anwalts gerechtfertigt waren (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 1329).

Nach heutigem Verständnis wird man jeder beschuldigten Person zubilligen, nach Einleitung einer Strafuntersuchung, die ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstand hat und die nach einer ersten Einvernahme nicht eingestellt wurde, einen Anwalt beiziehen (Griesser, a.a.O., N. 4 zu Art. 429; Wehrenberg/Bernhard, a.a.O. N. 14 zu Art. 429). Diese Grundsätze sollten auch für Übertretungen gelten (jedenfalls wenn es zu einem gerichtlichen Verfahren kommt), wobei die Frage der Angemessenheit nach der Schwere der Anschuldigung in persönlicher und sachlicher Hinsicht zu beurteilen ist (Griesser, a.a.O., N. 4 zu Art. 429). Da es immer schwieriger und gleichzeitig immer wichtiger wird, nicht nur das Gesetz, sondern auch die Rechtsprechung dazu zu kennen und dies in der Regel einem Laien nicht zugemutet werden kann, kann von diesem nicht verlangt werden, sich selbst zu verteidigen. Ausserdem kann zu Beginn eines Verfahrens nur schwer abgeschätzt werden, ob Komplikationen entstehen werden. Für eine wirksame Verteidigung ist zudem in der Regel wesentlich, möglichst früh im Verfahren damit beginnen zu können (Wehrenberg/Bernhard, a.a.O. N. 14 zu Art. 429).

2.2 Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl wegen ungenügenden Rechtsfahrens mit dem Motorrad in Anwendung von Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 90 Ziff. 1 SVG mit einer Busse von Fr. 150.00 bestraft. Durch die vom Beschwerdeführer erhobene Einsprache erwuchs der Strafbefehl nicht in Rechtskraft und der Verfahrensausgang stand wieder offen. Aufgrund der Verhältnisse am Unfallort und den schweren Verletzungen der Unfallbeteiligten konnte der Beschwerdeführer nicht sogleich erkennen, ob ihm ein leichtes Verschulden zur Last gelegt würde. Denn beide Unfallbeteiligten wurden im Polizeirapport als schwer verletzt bezeichnet und mussten ins Kantonsspital Luzern gebracht werden, der eine sogar mit der Rega. Eine nähere Untersuchung hinsichtlich einer allfälligen schweren fahrlässigen Körperverletzung nach Art. 125 Abs. 2 StGB konnte nicht von Beginn weg ausgeschlossen werden. Die Bejahung einer fahrlässigen Körperverletzung würde Art. 90 SVG konsumieren (BGE 91 IV 211), sodass sich der Tatvorwurf nicht mehr auf eine Übertretung, sondern auf ein Vergehen, beziehen würde. Der Beschwerdeführer hatte nach Erhebung seiner Einsprache mit möglichen weiteren Untersuchungshandlungen zur Abklärung eines allfälligen Vorwurfs wegen schwerer fahrlässiger Körperverletzung zu rechnen. Für die Beurteilung, ob ein Rechtsbeistand sachlich geboten ist, ist nicht massgebend, wie sich die Aktenlage aufgrund der Akten nach Abschluss des Verfahrens darstellt (vgl. BGE 110 Ia 156, E. 1b). Entscheidend ist, ob dem Beschwerdeführer zu Beginn des Verfahrens angesichts der Umstände ein Rechtsbeistand zuzubilligen ist. In diesem Sinne hielt

auch das Bundesgericht fest, dass schon allein der Umstand, dass eine Kollision zwei Schwerverletzte forderte, für einen durchschnittlich gebildeten, über keine besonderen Rechtskenntnisse verfügenden, gewissenhaften Automobilisten Grund genug darstellt, einen Anwalt beizuziehen, und zwar nicht nur wegen einer allfälligen zivilrechtlichen Auseinandersetzung, sondern auch wegen des als unvermeidlich erscheinenden Strafverfahrens mit der entsprechenden psychischen Belastung (BGE 110 Ia 156, E. 1b; Wehrenberg/Bernhard, a.a.O., N. 14 zu Art. 429). Dies und die Tatsache, dass das Strafverfahren nach der ersten Einvernahme nicht eingestellt wurde, lassen eine Verteidigung rückblickend als sachlich geboten erscheinen.

2.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es die Beschwerdegegnerin entgegen ihrer Pflicht unterlassen habe, die Entschädigungsforderung von Amtes wegen abzuklären. Nach Art. 429 Abs. 2 StPO hat die Strafbehörde den Entschädigungsanspruch von Amtes wegen zu prüfen. Sie kann die beschuldigte Person auffordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen. Es lag demzufolge im Ermessen der Beschwerdegegnerin, ob sie den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers zur Einreichung einer Kostennote auffordern wollte. Ist es aufgrund der Aktenlage möglich, die Aufwendungen zu bestimmen, kann auf die Anforderung einer Kostennote verzichtet werden.

3. Gemäss Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO kann die Strafbehörde eine Entschädigung herabsetzen oder verweigern, wenn die Aufwendungen der beschuldigten Person geringfügig sind. Somit sind nur Aufwendungen von einiger Bedeutung zu vergüten. Geringfügige Nachteile wie etwa die Pflicht, ein oder zwei Mal bei einer Gerichtsverhandlung erscheinen zu müssen, geben zu keiner Entschädigung Anlass (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 1330). Dass keine Entschädigung bei einer bzw. zwei Einvernahmen geschuldet ist, entspricht auch der in den meisten Kantonen geltenden Praxis. Doch gilt dies in Bezug auf Einvernahmen, zu denen die beschuldigte Person allein erschien. Liess sie sich durch einen Rechtsbeistand begleiten, und war die Begleitung im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO notwendig, kann nicht mehr von geringfügigen Kosten gesprochen werden (Griesser, a.a.O., N. 14 zu Art. 430). Der Beschwerdeführer wurde von seinem Verteidiger zur zweiten Einvernahme begleitet. Wie oben aufgeführt, war diese Verteidigung im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO sachlich geboten (vgl. E. 2.2). Demzufolge waren die Aufwendungen nicht geringfügig, weshalb sich eine Verweigerung der Entschädigung gestützt auf Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO nicht rechtfertigt. Der Beschwerdeführer hat folglich begründeten Anspruch auf eine angemessene Entschädigung seines Rechtsbestandes.

4./4.1 Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach den kantonalen Anwaltstarifen und nach dem Zeitaufwand, den der Verteidiger für die Verteidigung der beschuldigten Person aufgewendet hat. Grundsätzlich werden diese Verteidigungskosten voll entschädigt. Die Bemühungen des Anwaltes müssen im Umfang aber den Verhältnissen entsprechen, d.h. sachbezogen und angemessen sein. Die Verteidigungskosten müssen mithin in einem vernünftigen Verhältnis zur Schwierigkeit des Falles bzw. zur Wichtigkeit der Sache stehen. Unnötige und über setzte Kosten sind nicht zu entschädigen, wobei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Verteidigerbeizuges abgestellt werden muss (Wehrenberg/Bernhard, a.a.O. N. 15 zu Art. 429).

4.2 Die Aufwendungen von Rechtsanwalt M. lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen: Instruktionsbesprechungen mit dem Beschwerdeführer, vorerst unbegründete, danach begründete Einsprache gegen den Strafbefehl, Aktenstudium, E-Mail und Schreiben an die Beschwerdegegnerin sowie Teilnahme an der zweiten Einvernahme inklusive An- und Rückfahrt. Der von Rechtsanwalt M. in Rechnung gestellte Zeitaufwand von 5.39 Stunden ist somit ausgewiesen und nachvollziehbar. Hingegen ist der Aufwand des Praktikanten von 6.00 Stunden weder dokumentiert noch nachvollziehbar. Insbesondere hat der Praktikant weder eine Eingabe zuhanden der Beschwerdegegnerin verfasst, noch hat er an der Einvernahme teilgenommen. Demzufolge ist nur der Zeitaufwand von Rechtsanwalt M. im Umfang von 5.39 Stunden gutzuheissen. Der verlangte Stundenansatz von Fr. 230.00 entspricht dem kantonalen Anwaltstarif, weshalb eine Aufwandentschädigung von Fr. 1'239.70 als angemessen anzusehen ist. Zuzüglich der Spesen von Fr. 133.25 und der Mehrwertsteuer von 8 % ergibt sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'482.80, die dem Beschwerdeführer zuzusprechen ist.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. Der Beschwerdeführer obsiegt in der Sache als solcher, jedoch kann ihm die geltend gemachte Parteientschädigung nicht in dem von ihm geforderten Umfang zugesprochen werden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 1/5 dem Beschwerdeführer zu überbinden. Die übrigen 4/5 der Kosten gehen zulasten des Staates. Für das Beschwerdeverfahren ist eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- angemessen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens findet eine Kürzung der Parteientschädigung um 1/5 statt.

## VII. ZWANGSMASSNAHMEN IM AUSLÄNDERRECHT

25

**Art. 112 AuG; Art. 21 VV AuG und Art. 222 StPO**  
**Hinsichtlich der Anordnung der Ausschaffungshaft sind Angehörige der inhaftierten Person grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert.**

Entscheid des Obergerichts vom 14. Mai 2012

Aus den Erwägungen:

1. Beschwerdeführer ist vorliegend nicht der in Ausschaffungshaft genommene A., sondern dessen Bruder R. sowie S., welche keine Angaben zur Verbindung mit A. macht. Aufgrund des Eintrags im Telefonbuch ist davon auszugehen, dass es sich bei S. um die Ehefrau von R. und damit die Schwägerin von A. handelt.

Die Beschwerdeführer reichen die Beschwerde in eigenem Namen ein. Daher ist als Erstes die Beschwerdelegitimation zu prüfen, da bei fehlender Legitimation nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann.

2. Gemäss Art. 21 VV AuG gelten für Zwangsmassnahmen sinngemäss die Vorschriften der Strafprozessordnung, soweit Bundes- oder kantonales Recht oder die Vollzugsverordnung nichts anderes bestimmen.

In der VV AuG sind keine Bestimmungen betreffend die Beschwerdelegitimation enthalten. Kapitel 15 AuG befasst sich lediglich mit dem Rechtsmittelverfahren vor Bundesbehörden, nicht jedoch vor kantonalen Behörden. Es gelten daher sinngemäss die Vorschriften der StPO, wobei jedoch keine Gründe ersichtlich sind, zur Bestimmung der Beschwerdelegitimation nicht auch die Bestimmungen des AuG vergleichend beizuziehen; insbesondere, da die kantonale Beschwerdelegitimation nicht enger gefasst werden darf als die Legitimation vor Bundesgericht (vgl. Art. 111 BGG).

3./3.1 Gemäss Art. 222 StPO kann gegen Entscheide über die Anordnung, Verlängerung und Aufhebung der Haft ausschliesslich die verhaftete Person Beschwerde führen, wobei das Bundesgericht auch die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft anerkannt hat (BGE 137 IV 87). Eine Beschwerdelegitimation von Angehörigen der verhafteten Person wird jedoch durch den Wortlaut der Bestimmung ausdrücklich ausgeschlossen.

3.2 Gemäss Art. 112 AuG richtet sich das Verfahren vor Bundesbehörden nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Daher ist Art. 48 Abs. 1 VwVG beizuziehen (vgl. Daniela Thurnherr, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, N. 26 zu Art. 112; die Beschwerdelegitimation für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht lautet gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG gleich). Gemäss dieser Bestimmung ist beschwerdelegitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Moser/Beusch/Kneubühler, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 2008, § 2, N. 2.60).

Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen; die angefochtene Verfügung wurde ihnen auch nicht eröffnet (vgl. Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Sie machen jedoch nicht geltend, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren ohne eigenes Verschulden an der Teilnahme verhindert waren oder ihnen von der Vorinstanz zu Unrecht die Parteistellung aberkannt worden sei (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., § 2, N. 2.62). Eine Teilnahme von Angehörigen am Verfahren der Anordnung und Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft ist in den gesetzlichen Bestimmungen auch nicht vorgesehen.

Da bereits die erste der Legitimationsvoraussetzungen gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG nicht erfüllt ist, erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen im Detail zu prüfen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass auch diese nicht erfüllt sind.

3.3 In gewissen Fällen hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation von Angehörigen oder Arbeitgebern der betroffenen Ausländer anerkannt (vgl. Urteile des BVGer C-5257/2007 vom 25. März 2008 und C-5287/2007 vom 10. März 2008). In beiden Fällen waren jedoch diese Drittpersonen die Verfügungsadressaten. Diese Rechtsprechung lässt sich daher nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

3.4 Bei der Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung können neben der betroffenen Person auch ihr nahe stehende Personen das Gericht anrufen (Art. 397d ZGB). Dies lässt sich jedoch nicht auf das vorliegende Verfahren übertragen, da im Bereich der Haft eine entsprechende gesetzliche Bestimmung fehlt.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich in Bezug auf die Anordnung der Ausschaffungshaft weder aus der StPO noch aus dem AuG oder dem VwVG/BGG eine Beschwerdelegitimation von Angehörigen der inhaftierten Person ableiten lässt. Auf die Beschwerde wird daher aufgrund mangelnder Legitimation nicht eingetreten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 428 StPO i.V.m. Art. 21 VV AuG). Die Beschwerdeführer haften dabei solidarisch (Art. 418 Abs. 2 StPO).

## SACHREGISTER ZU DEN RICHTSSENTSCHEIDEN

---

Amtsbericht über die Rechtspflege (AbR) 2012/13; geordnet nach Rechtsquellen

## I. ENTSCHIEDE ZUM KANTONALEN RECHT

---

(Einordnung nach der Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden, GDB)

### 1. GRUNDLAGEN UND ORGANISATION

#### **113.21 Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz vom 30. November 2007 (VV AuG)**

Art. 21 VV AuG

Hinsichtlich der Anordnung der Ausschaffungshaft sind Angehörige der inhaftierten Person grundsätzlich nicht zur Beschwerde legitimiert.

Entscheid des OG vom 14. Mai 2012                      AbR 2012/13 Nr. 25

#### **134.1 Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 22. September 1996 (GOG)**

Art. 19b Abs. 1 GOG

Siehe Art. 393 StPO (AbR 2012/13 Nr. 22)

Art. 24 Abs. 3 GOG

Richtlinien über die Information der Öffentlichkeit und den Verkehr mit den Medien (RIVM)

Entscheid des OG vom 11. Dezember 2012              AbR 2012/13 Nr. 1

Art. 27 Abs. 3 GOG

Für die Bewilligung der Einsichtnahme in Gerichtsakten ist in Strafsachen sowohl in hängigen als auch in abgeschlossenen Fällen die Verfahrensleitung zuständig.

Entscheid des OG VizeP                                      AbR 2012/13 Nr. 2

## 5. SICHERHEIT, BEVÖLKERUNGSSCHUTZ

### **510.1 Polizeigesetz vom 11. März 2010 (PolG)**

Art. 13 PolG

Siehe Art. 215 StPO (AbR 2012/13 Nr. 20)

## II. ENTSCHEIDE ZUM BUNDESRECHT

---

(Einordnung nach der Systematischen Sammlung des Bundesrechts, SR)

### 1. STAAT, VOLK, BEHÖRDEN

#### **142.20 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG)**

Art. 112 AuG

Siehe Art. 21 VV AuG (AbR 2012/13 Nr. 25)

### 2. PRIVATRECHT, ZIVILRECHTSPFLEGE, VOLLSTRECKUNG

#### **210 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)**

Art. 285 ZGB

Festlegung des Grundbetrages des in Deutschland mit Ehefrau und zwei Kindern lebenden und arbeitenden Unterhaltsschuldners einer in der Schweiz wohnhaften Tochter.

Entscheid des OG vom 3. Oktober 2012                      AbR 2012/13 Nr. 3

Art. 290 ZGB

Vertretungsbefugnis des Erziehungsbeistands in Konkurrenz zur elterlichen Sorge. Gesetzliche Vertretungsbefugnis der Einwohnergemeinde bei der Vollstreckung von Unterhaltsbeiträgen (E. 2).

Entscheid des OG vom 21. März 2012                      AbR 2012/13 Nr. 8

Art. 298 ZGB

Siehe Art. 290 ZGB (AbR 2012/13 Nr. 8)

Art. 304 ZGB

Siehe Art. 290 ZGB (AbR 2012/13 Nr. 8)

Art. 580 ZGB

Die Frist für die Stellung des Gesuchs um öffentliches Inventar kann nicht verlängert werden (E. 2–4). Rechtsmittelweg (E. 5).

Entscheid des OGP vom 16. Oktober 2012                      AbR 2012/13 Nr. 4

**220 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR)**

Art. 58 OR

Umfang der Unterhaltspflicht eines Hotels an einem privaten Wegstück, das ausschliesslich als Zugang zum Hotel dient. Im Winter ist der Zufahrtsweg zumindest an den von Fussgängern benützten Stellen eisfrei zu halten (E. 2–10). Verlegung der Prozesskosten bei Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (E. 11).

Entscheid des OG vom 26. März 2013                      AbR 2012/13 Nr. 5

Art. 321a Abs. 1 OR

Siehe Art. 322d OR (AbR 2012/13 Nr. 6)

Art. 322d OR

Qualifikation des Bonus als Gratifikation oder Lohnbestandteil? Kürzung oder Streichung der Gratifikation infolge Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung durch übermässige Nutzung des Internets zu privaten Zwecken? (E. 3)

Entscheid des OG vom 16. Dezember 2013                      AbR 2012/13 Nr. 6

**27 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO)**

Art. 59 ZPO

Rechtsschutzinteresse an der erneuten Zustellung eines Urteils, dessen Anerkennung und Vollstreckung durch die österreichischen Gerichte verweigert worden war. Anwendbares Recht. Rechtsfolgen der mangelhaften Zustellung der Klageschrift und des Urteils (E. 4–9).

Entscheid des OG vom 21. März 2012                      AbR 2012/13 Nr. 8

Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO

Liegt hinsichtlich der vor der Schlichtungsbehörde geltend gemachten und der in einem deutschen Entscheid beurteilten Ansprüche Identität vor, so darf die Schlichtungsbehörde nicht auf die Klage eintreten.

Entscheid des OG vom 9. Februar 2012                      AbR 2012/13 Nr. 7

Art. 60 ZPO

Siehe Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO (AbR 2012/13 Nr. 7)

Art. 104 Abs. 3 ZPO

Die Verlegung der Prozesskosten im Arresteinspracheverfahren kann ohne den Vorbehalt eines anderen Prozessausgangs im Hauptverfahren erfolgen.

Entscheid des OG vom 16. April 2013 AbR 2012/13 Nr. 9

Art. 112 Abs. 1 ZPO

Der Erlass der Gerichtskosten eines aussichtslosen Verfahrens ist ausgeschlossen, da die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht auf dem Weg eines Erlassgesuchs umgangen werden dürfen.

Entscheid des OGP vom 13. November 2013 AbR 2012/13 Nr. 10

Art. 152 Abs. 1 ZPO

Verletzung des Rechts auf Beweis durch Nichtabnahme zulässiger und tauglicher Beweismittel im Verfahren betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Entscheid des OG vom 16. April 2013 AbR 2012/13 Nr. 11

Art. 212 Abs. 1 ZPO

Siehe Art. 319 lit. a ZPO (AbR 2012/13 Nr. 7)

Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO

Siehe Art. 152 Abs. 1 ZPO (AbR 2012/13 Nr. 11)

Art. 319 lit. a ZPO

Im Rahmen ihrer Entscheidungskompetenzen ergangene Entscheide der Schlichtungsbehörde sind mit Beschwerde anfechtbar.

Entscheid des OG vom 9. Februar 2012 AbR 2012/13 Nr. 7

Art. 325 Abs. 2 ZPO

Siehe Art. 278 Abs. 4 SchKG (AbR 2012/13 Nr. 14)

### **281.1 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG)**

Art. 8a Abs. 1 SchKG

Voraussetzungen und Umfang des Einsichtsrechts in die Konkursakten.

Entscheid des OG vom 11. Dezember 2012 AbR 2012/13 Nr. 12

#### Art. 17 SchKG

Beschwerde gegen die Liquidatorin im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung. Örtliche und sachliche Zuständigkeit (E. 1). Beschwerdelegitimation eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses hinsichtlich Verteilungsliste mit Schlussrechnung, Angebot zur Abtretung der Geldtendmachung von Ansprüchen der Masse und Schlussbericht (E. 3–5).

Entscheid des OG vom 16. Mai 2013 AbR 2012/13 Nr. 15

#### Art. 97 SchKG

Das Betreibungsamt hat auch anlässlich der Pfändung von Aktien nicht börsenkotierter Unternehmen eine betragsmässige Schätzung vorzunehmen; ein Anspruch auf eine genaue Schätzung durch einen Sachverständigen besteht jedoch nicht (E. 1–3). Ein Kostenvorschuss für die Schätzung darf nicht erhoben werden (E. 5.2). Bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums im Rahmen einer Einkommenspfändung ist ein unangemessener Mietzins unter Einräumung einer Übergangsfrist herabzusetzen; Korrektur zu tief veranschlagter Krankenkassenkosten durch die Beschwerdeinstanz (E. 4).

Entscheid des OG vom 27. Februar 2013 AbR 2012/13 Nr. 13

#### Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG

Gelingt es der Arrestgläubigerin nicht, im Arresteinspracheverfahren glaubhaft zu machen, dass der verarrestierte Bentley zum Zeitpunkt des Arrestbefehls Eigentum des Arrestschuldners war, so wurde der Arrestbefehl zu Recht aufgehoben (E. 3).

Entscheid des OG vom 7. November 2012 AbR 2012/13 Nr. 14

#### Art. 278 SchKG

Siehe Art. 104 Abs. 3 ZPO (AbR 2012/13 Nr. 9)

#### Art. 278 Abs. 4 SchKG

Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch den Richter ist im Arresteinsprache- und Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (E. 2).

Entscheid des OG vom 7. November 2012 AbR 2012/13 Nr. 14

#### Art. 325 SchKG

Siehe Art. 326 SchKG (AbR 2012/13 Nr. 15)

#### Art. 326 SchKG

Kein Formularzwang für Verteilungsliste und Schlussrechnung. Infolge Mängeln sind diese aber aufzuheben und die Sache zur weiteren Bearbeitung an die Liquidatorin zurückzuweisen (E. 6). Publikation dieser Anordnung im SHAB (E. 7). Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen des Gläubigerausschusses? (teilweise Entgegennahme der entsprechenden Anträge als Aufsichtsbeschwerde; Prüfung der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses auf dem Zirkularweg; Stimmrecht juristischer Personen; Bedeutung von Interessenkollisionen; E. 8–10). Vor-

aussetzungen der Abberufung der Liquidatorin (E. 11). Anweisungen an die Liquidatorin zur Korrektur der Liquidationsabrechnung? (E. 12).

Entscheid des OG vom 16. Mai 2013                      AbR 2012/13 Nr. 15

Art. 328 SchKG

Siehe Art. 326 SchKG (AbR 2012/13 Nr. 15)

### 3. STRAFRECHT, STRAFRECHTSPFLEGE, STRAFVOLLZUG

#### **311.0 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB)**

Art. 11 StGB

Siehe Art. 125 Abs. 2 StGB (AbR 2012/13 Nr. 16)

Art. 125 Abs. 2 StGB

Fahrlässige schwere Körperverletzung durch Unterlassen der erforderlichen Sicherheitsmassnahmen durch den Arbeitgeber eines Dachdeckers.

Entscheid des OG vom 6. November 2013                      AbR 2012/13 Nr. 16

Art. 229 StGB

Die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Verletzung der Art. 229 StGB und Art. 34 Abs. 4 SVG erfolgte zu Unrecht. Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde. Der Begriff des Bauwerks ist weit zu verstehen und umfasst auch die notwendigen Hilfskonstruktionen. Genügender Abstand beim Rechtsfahren. Ein sich im Bereich der Baustelle am Rand einer öffentlichen Strasse befindlicher Bauarbeiter gilt als Fussgänger.

Entscheid des OG vom 13. August 2013                      AbR 2012/13 Nr. 17

#### **312 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO)**

Art. 101 Abs. 3 StPO

Akteneinsichtsrecht des Aktionärs im Strafverfahren gegen einen Buchhalter der Aktiengesellschaft?

Entscheid des OGP vom 11. Juli 2013                      AbR 2012/13 Nr. 19

Art. 102 Abs. 1 StPO

Siehe Art. 27 Abs. 3 GOG (AbR 2012/13 Nr. 2)

Art. 197 StPO

Siehe Art. 263 StPO (AbR 2012/13 Nr. 21)

Art. 215 StPO

Abgrenzung der polizeilichen Anhaltung nach StPO von der präventiven und sicherheitspolizeilich motivierten Kontrolle nach PolG (E. 1). Voraussetzungen und Verhältnismässigkeit der Anhaltung (Fesselung mit Handschellen; Dauer der Anhaltung) (E. 2–5).

Entscheid des OGP vom 5. September 2012      AbR 2012/13 Nr. 20

Art. 222 StPO

Siehe Art. 21 VV AuG (AbR 2012/13 Nr. 25)

Art. 241 StPO

Siehe Art. 242 StPO (AbR 2012/13 Nr. 21)

Art. 242 StPO

Die Polizei darf zur Durchführung einer Hausdurchsuchung vorübergehend den Schlüsselbund des Beschuldigten an sich nehmen (E. 5).

Entscheid des OGP vom 8. März 2012      AbR 2012/13 Nr. 21

Art. 263 StPO

Voraussetzungen der Beweismittel- und der Einziehungsbeschlagnahme. Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme von allenfalls einer Drittperson gehörendem Bauwerkzeug, welches trotz Baustopp für Bauarbeiten auf einem Grundstück verwendet wurde (E. 3 und 4).

Entscheid des OGP vom 8. März 2012      AbR 2012/13 Nr. 21

Art. 306 StPO

Siehe Art. 242 StPO (AbR 2012/13 Nr. 21)

Art. 393 StPO

Abgrenzung der Beschwerde nach StPO von der Aufsichtsbeschwerde nach GOG.

Entscheid des OG vom 3. Oktober 2012      AbR 2012/13 Nr. 22

Art. 410 StPO

Revision eines Strafbefehls wegen Nichtbeherrschens des Fahrzeugs und Verursachens eines Selbstunfalls infolge nachträglich bekannt gewordener Mängel des Strassenbelags?

Entscheid des OG vom 9. Oktober 2013                      AbR 2012/13 Nr. 23

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO

Anspruch auf Entschädigung für die Verteidigungskosten bei einem Verkehrsunfall mit schweren Verletzungen der Unfallbeteiligten (E. 2). Keine Verweigerung der Entschädigung infolge Geringfügigkeit, wenn sich der Beschuldigte zur Einvernahme durch seinen Verteidiger begleiten liess (E. 3). Bemessung der Entschädigung (E. 4).

Entscheid des OG vom 7. März 2012                      AbR 2012/13 Nr. 24

Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO

Siehe Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO (AbR 2012/13 Nr. 24)

## 7. OEFFENTLICHE WERKE, ENERGIE, VERKEHR

### **741.01 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG)**

Art. 34 Abs. 4 SVG

Siehe Art. 229 StGB (AbR 2012/13 Nr. 17)

Art. 97 SVG

Der Ausweisinhaber darf, auch wenn er die Verkehrsabgaben nicht bezahlt hat, von der Weitergeltung des Fahrzeugausweises ausgehen, solange ihm keine Entzugsverfügung zugestellt worden ist; die Zustellungsfiktion ist nicht anwendbar.

Entscheid des OG vom 2. März 2013                      AbR 2012/13 Nr. 18

## 8. GESUNDHEIT, ARBEIT, SOZIALE SICHERHEIT

### **822.11 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (ArG)**

Art. 46 ArG

Verantwortung und Dokumentationspflicht des Arbeitgebers für die Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers. Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes infolge höherer leitender Tätigkeit? (E. 2)

Entscheid des OG vom 16. Dezember 2013      AbR 2012/13 Nr. 6

### **822.111 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1)**

Art. 73 ArGV 1

Siehe Art. 46 ArG (AbR 2012/13 Nr. 6)

### **832.20 Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG)**

Art. 83 UVG

Siehe Art. 125 Abs. 2 StGB (AbR 2012/13 Nr. 16)

### **832.311.141 Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten vom 29. Juni 2005 (BauAV)**

Art. 8 Abs. 2 lit. b BauAV

Siehe Art. 125 Abs. 2 StGB (AbR 2012/13 Nr. 16)

Art. 35 Abs. 2 BauAV

Siehe Art. 125 Abs. 2 StGB (AbR 2012/13 Nr. 16)

### III. STAATSVERTRÄGE

---

**0.211.221.432 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958 (HÜVU)**

Art. 2 Ziff. 2 HÜVU

Siehe Art. 59 ZPO (AbR 2012/13 Nr. 8)

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

Art. 26 aLugÜ

Siehe Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO (AbR 2012/13 Nr. 7)

Art. 26 Ziff. 1 aLugÜ

Siehe Art. 59 ZPO (AbR 2012/13 Nr. 8)

Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ

Siehe Art. 59 ZPO (AbR 2012/13 Nr. 8)

## NOTIZEN



