



Appenzell Ausserrhoden

Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis

AR GVP

14/2002

A.

Verwaltungsentscheide

1. Verwaltungsverfahren

1381

Verfahren. Ausstandspflicht eines externen Rechtsberaters. Vorbefassung verneint, weil keine direkte Einflussnahme auf vorinstanzlichen Entscheid.

3. Die Rekurrenten machen geltend, der Rechtsvertreter der Gemeinde habe die Ausstandspflicht dadurch verletzt, dass er sowohl am Entscheid der Baubewilligungskommission mitgewirkt habe als auch an demjenigen des Gemeinderates. Die Gemeinde hält dem entgegen, dass der beigezogene Rechtsanwalt bei der Beratung und der Beschlussfassung weder des erstinstanzlichen noch des angefochtenen Entscheides anwesend gewesen sei, was den rechtlichen Ansprüchen genüge. Der Gemeinde stehe es frei, interne oder externe Hilfsorgane beizuziehen. Zwischen der Gemeinde und den Rekurrenten ist zudem umstritten, welche Tätigkeiten der von der Gemeinde beigezogene Rechtsanwalt tatsächlich ausübte.

a) [Ausführungen zum Tatsächlichen.]

Damit ist davon auszugehen, dass sich die Beteiligung des Rechtsvertreters des Gemeinderates im Verfahren vor der Baubewilligungskommission höchstens auf mündliche Auskünfte an das Fachberatungsbüro X. beschränkte.

b) Nach Art. 4 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsverfahren (VwVG; bGS 143.5) haben – soweit hier interessierend – Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie bereits am Vorentscheid mitgewirkt haben. Fälle der Vorbefassung in einem weiteren Sinn werden vom allgemeinen Ausstandsgrund der Befangenheit erfasst (vgl. zum Ganzen auch Entscheid der Baudirektion vom 21. März 2000 in AR GVP 12/2000, Nr. 1360).

In den Ausstand zu treten hat jede Person, welche eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten hat, mithin alle Personen, welche auf den Entscheid Einfluss nehmen können. Dazu gehören neben Behördenmitglieder etwa auch Sachbearbeiter, Aktuare etc. (vgl. *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N. 7 zu Art. 9; ähnlich *Hans-Jürg Schär*, Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N. 6 zu Art. 4; *Benjamin Schindler*, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 74 f.). Diese dürfen am Vorentscheid nicht mitwirken. Unter Mitwirkung ist in diesem Sinne ebenfalls das Treffen einer Verfügung oder die Vorbereitung derselben zu verstehen, d.h. beraten, entscheiden, instruieren etc. Einschränkend gilt beim Ausstand infolge Vorbefassung, dass die „ausstandspflichtige“ Person auf die Beschlussfassung, nicht aber zwingend auf die Beratung in der Behörde zu verzichten hat (vgl. *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 13 zu Art. 4). In der Regel verstösst es denn auch nicht gegen den von der Bundesverfassung gewährleisteten Gehörsanspruch, wenn die Direktion, deren Verfügung angefochten ist, den Antrag verfasst, welcher der Beschlussfassung des Regierungsrates zu Grunde gelegt wird. Für Beamte, die einen Entscheid lediglich vorzubereiten haben, sind die Ausstandsvorschriften weniger streng auszulegen als für Mitglieder der entscheidenden Behörde (RVJ 1985, S. 3 ff., insb. S. 12).

Unabhängig von der Frage, ob ein von der Gemeinde als Rechtsberater hinzugezogener Anwalt unter die Ausstandspflichten fällt, ist festzuhalten, dass die mündlichen Auskünfte, welche der Rechtsvertreter des Gemeinderates der Baubewilligungskommission bzw. der X. erteilte, nicht als Mitwirkung am vorinstanzlichen Verfahren qualifiziert werden können. Auskünfte von Sachbearbeitern oberer Instanzen an ihr untergeordnete Behörden vermögen zwar unter Umständen eine Befangenheit zu begründen, doch müssen diese von einer gewissen Intensität sein (vgl. SOG 1983, Nr. 29; vgl. auch SGGVP 2000, Nr. 47). Obwohl im vorliegenden Fall die erteilten Auskünfte im Einzelnen nicht bekannt sind, ist angesichts der Tatsache, dass diese der als Fachberatung zuständigen X. und nicht direkt der Baubewilligungskommission gegenüber erteilt wurden, eine solchermaßen intensive Mitwirkung nicht gegeben. Die Verarbeitung der Informationen oblag nämlich der X. Unter diesen Umständen kann weder gesagt werden, der Entscheid der Baubewilligungskommission sei durch den Rechts-

vertreter beeinflusst worden, noch ist umgekehrt anzunehmen, dass der Rechtsvertreter bei der Bearbeitung des gemeinderätlichen Entscheides bei Vorliegen guter Gründe nicht von seiner gegenüber der X. gemachten Meinungsäusserung abgewichen wäre oder ist. Hinzu kommt, dass der Rechtsberater zwar den Entwurf des Gemeinderatsentscheids ausarbeitete, aber in beiden Behörden weder bei der Beschlussfassung noch bei der Beratung anwesend war. Im Lichte vorstehender Ausführungen und den Gegebenheiten im konkreten Fall ist der Einwand der Rekurrenten nicht zu hören.

Entscheid der Baudirektion vom 12.11.2002

1382

Verfahren. Neue Begehren, die im Einspracheverfahren nicht gestellt wurden, können im Rekursverfahren vor der Baudirektion nicht mehr erhoben werden.

2. Nach Art. 20 Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; bGS 143.5) können mit dem Rekurs alle Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und der angefochtenen Verfügung gerügt werden. Dabei sind neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel zulässig (Art. 20 Abs. 2 VwVG), grundsätzlich aber nicht die Änderung des Rechtsbegehrens (vgl. *Hans-Jürg Schär*, Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N. 14 zu Art. 20). Als Änderung gelten offensichtlich und gerade auch neue Begehren (vgl. *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 14 ff. zu Art. 20). So können denn auch allgemein neue Beschwerdegünde im Rekursverfahren nicht vorgebracht werden. Allenfalls können solche aber von Amtes wegen berücksichtigt werden (vgl. *Aldo Zaugg*, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1995, N. 9 zu Art. 40). Dasselbe gilt im Weiteren nach appenzell-ausserrhodischem Recht bereits im Einspracheverfahren, dürfen doch auch dort neue Begehren nach Ablauf der Einsprachefrist nicht mehr gestellt werden (Art. 9 VwVG; vgl. auch *Hans-Jürg Schär*, a.a.O., N. 2 zu Art. 9).

Vorliegend verlangt die Rekurrentin erstmals im Rekursverfahren die Einhaltung des Gewässerabstandes durch das projektierte Zweifamilienhaus. Diesen Antrag stellte sie weder im Einspracheverfahren betreffend das ursprüngliche Baugesuch noch in demjenigen betreffend das Korrekturgesuch, weshalb sich denn auch der angefochtene Einspracheentscheid des Tiefbauamtes mit diesem Einwand nicht auseinandersetzt. Auch anbegehrte die Rekurrentin in beiden Einspracheverfahren die vollumfängliche Verweigerung der Baubewilligung nicht. Vielmehr beschränkten sich ihre Einsprachen auf einzelne Punkte, wozu die Einhaltung des Gewässerabstandes des projektierten Zweifamilienhauses gerade nicht zählte. Im Lichte vorstehender Ausführungen ist der fragliche Antrag demnach verspätet und ist darauf im Rekursverfahren nicht einzutreten. Diesbezügliche Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, welche von Amtes wegen zu berücksichtigen wären, sind nicht ersichtlich.

Entscheid der Baudirektion vom 1.5.2002

2. Bau- und Raumplanungsrecht

1383

Bauen ausserhalb der Bauzone. Der Einbau einer Nasszelle in einen Schafstall ist nicht standortgebunden.

5. a) Somit kommt nur noch eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG in Betracht. Diese kann erteilt werden, wenn der Zweck der Baute einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert und wenn dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

Die Standortgebundenheit wird nach der bundesgerichtlichen Praxis nur dann bejaht, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen ihrer Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Zudem sind an die Erfordernisse der Standortgebundenheit strenge Anforderungen zu stellen (BGE 124 II 255, 117 Ib 281 mit Hinweisen).

b) Der Rekurrent macht geltend, die Nasszelle sei für die Kleintierhaltung erforderlich. Die Nasszelle könnte dann erforderlich sein, wenn zur beabsichtigten Kleintierhaltung ein längerer Aufenthalt auf dem Grundstück erforderlich wäre. Dazu hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es für eine ordentliche Schafhaltung nicht erforderlich sei, länger auf dem Grundstück zu verweilen. „Der Arbeitsaufwand für die Haltung von wenigen Schafen, die anspruchslos sind und auch bei schlechtem Wetter im Freien bleiben, hält sich ohnehin in engen Grenzen“ (BGE 108 Ib 136). Es ist deshalb auch hier festzuhalten, dass Schafe keiner ständigen Überwachung bedürfen. Periodische Kontrollen und allfällige Unterhaltsarbeiten können auch ohne länge-

ren Aufenthalt bewerkstelligt werden. Da es bei der Beurteilung der Erforderlichkeit auf objektive Massstäbe ankommt, kann auf die Wünsche des Rekurrenten, wie viel Zeit er auf seinem Grundstück verbringen möchte, keine Rücksicht genommen werden. Es ist dem Rekurrenten durchaus zuzumuten, seinen Tagesablauf so einzurichten, dass die sanitäre Einrichtung nicht erforderlich wird. Zudem muss eine mittel- und langfristige Sicht genommen werden. Auch bei einem allfälligen Verkauf muss die bestimmungsgemässe Nutzung gewährleistet werden, was bei einer Überdimensionierung der Anlage nicht der Fall wäre. Die Gefahr einer missbräuchlichen Nutzung ist vorliegend gross, weshalb nicht leichtsinnig von einer Erforderlichkeit der sanitären Anlage ausgegangen werden darf. Auch die präjudizielle Wirkung einer Bewilligung ist zu berücksichtigen (vgl. BGE 108 Ib 135). So wurde bereits in der Baubewilligung von 1980 der Einbau von Küche und Dusche untersagt. Würde dem Rekurrenten heute das Bauvorhaben bewilligt, liefe das auf eine largere Handhabung der Ausnahmebewilligung hinaus, wie sie vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Des weiteren ist anzumerken, dass der jetzige Pächter bisher von den Einrichtungen wohl keinen Gebrauch gemacht hat, was ebenfalls gegen die Annahme der Standortgebundenheit spricht. Die Nasszelle kann daher auch nicht nach Art. 24 RPG bewilligt werden.

Entscheid der Baudirektion vom 20.12.2002

1384

Bauen ausserhalb der Bauzone. Die Dacheindeckung von Ökonomiegebäuden mit sogenannten (Thermo-)Sandwichpaneelen ist unter bestimmten Voraussetzungen mit Art. 77 Abs. 2 EG zum RPG vereinbar (Praxisänderung).

4. Eine Eigentumsbeschränkung verletzt den verfassungsmässig garantierten Grundsatz der Rechtsgleichheit unter anderem dann, wenn sie unsachliche oder willkürliche Unterscheidungsmerkmale aufstellt (vgl. *Peter Hänni*, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 50, mit Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis).

a) Wie das Planungsamt ausführt, können Dachflächen bei neuen landwirtschaftlichen Ökonomiebauten eine sehr grosse Dachfläche einnehmen. Erst recht gilt dies bei flächenmässig naturgemäss gross konzipierten Laufställen. Da diese Dachflächen aus statischen Gründen nicht ohne weiteres mit Ziegeln eingedeckt werden können, wurde vor einigen Jahren im Rahmen einer Praxisänderung die Eindeckung mit Welleternit zugelassen. Die Vorinstanz ist der Meinung, Dachelemente aus Profilblechen liessen sich nur schlecht mit anderen, nicht industriell gefertigten Elementen wie Lichtplatten, Licht- und Lüftungskuppeln, Schneefängern, Dachrandabschlüssen etc. kombinieren und mit der ländlichen Holzbauweise vereinbaren. Sie hegt ausserdem Befürchtungen, dass der Wunsch nach Metallwänden aufkommen würde, was jetzt noch kein Thema sei.

b) Den Rahmen von Art. 77 Abs. 2 EG zum RPG eindeutig sprengen würden Wandverkleidungen aus Metall. Von "herkömmlicher Bauart" im Sinne des Gesetzes könnte damit zweifelsohne nicht mehr gesprochen werden. Die diesbezüglichen Bedenken der Vorinstanz können folglich insofern zerstreut werden, als kein Gesuchsteller einen Anspruch auf Bewilligung von Metall-Wandverkleidungen erheben könnte, falls die Dacheindeckung mit Blech-Sandwichpaneelen zugelassen würde. Vergleicht man mit Welleternit eingedeckte Dächer mit der hier vorgesehenen Dachart, ist zunächst zu sagen, dass vor allem aus geringer Distanz betrachtet Unterschiede bestehen, welche vor allem in der Glätte der Oberfläche gründen. Diese Unterschiede werden jedoch umso unsichtbarer, je grösser die Sichtdistanz wird. Was die Kombination mit Elementen wie Dachabschluss, Schneefängern usw. anbetrifft, hat sich die Baudirektion anlässlich der Besichtigung vom 27. März 2003 davon überzeugen können, dass diesbezüglich durchaus gute Lösungen möglich sind. Vor allem der bemusterte Laufstall-Neubau von A. S. in G. weist zahlreiche der angeführten Gestaltungselemente auf, welche allesamt als vortrefflich ausgeführt und ansehnlich daherkommend taxiert werden dürfen. Vom Gesamteindruck her erscheint diese Baute gar nicht etwa "unfertig" oder provisorisch, wie dies die Vorinstanz befürchtet, sondern ganz und gar als optisch-gestalterisch gefällig. Wie Figura gezeigt hat, sind folglich auch mit der Dacheindeckungsart "Blech-Sandwichpaneelen" ansprechende Resultate erzielbar. Von einiger Bedeutung sind dabei indes die Sorgfältigkeit der Ausführung, die Farbwahl sowie das Zusammenspiel zwischen Dachfläche und Dachdetails.

c) Bereits die Dacheindeckung mit Welleternit entspricht unzweifelhaft der herkömmlichen Bauart im Sinne von Art. 77 Abs. 2 EG zum RPG nicht. Man hat dies seinerzeit zugelassen, um den veränderten Bedürfnissen der Landwirtschaft Rechnung zu tragen und vertrat dabei offensichtlich die Auffassung, dass sich dies hinsichtlich der Gesamtwirkung in der Landschaft rechtfertigen lasse. Die Anwendung des Gebotes der Rechtsgleichheit bedeutet nun gewiss nicht, dass jegliche denkbaren Dachbedeckungsarten ausserhalb der Bauzone zuzulassen sind. Jedoch fällt hier ins Gewicht, dass der Unterschied zwischen einer Dacheindeckung mit Welleternit oder Eternitplatten zu einer solchen mit Profilblech nicht derart gross ist - vor allem nicht in Relation zum Unterschied zu den traditionellen Ziegeldächern -, dass sich eine rechtsungleiche Behandlung rechtfertigen würde. Beide Dacheindeckungen entsprechen nicht der herkömmlichen Bauart, und beide Dacheindeckungen erscheinen bei fachgerechter Ausführung und Beachtung der gestalterischen Details gleichermaßen als optisch wohlgefällig. Ausserdem ist bedeutsam, dass hier wie dort aufgrund von Bedürfnissen der Landwirtschaft Konzessionen an die "herkömmliche Bauart" gemacht würden, stellt doch die Dacheindeckung mit Blech-Sandwichpaneelen nach glaubhafter Darlegung des Rekurrenten eine sowohl statisch als auch optisch und finanziell gute Lösung der Deckenisolierung bei Stallbauten dar.

d) Indem die Vorinstanz der nachgesuchten Dachausführungsart die grundsätzliche Zulässigkeit abgesprochen hat, hat sie infolgedessen dem Gebot der Rechtsgleichheit zuwidergehandelt. Bei diesem Zwischenergebnis offen gelassen werden kann die Frage, ob die verfügte Auflage dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Genüge getan hätte.

5. Die grundsätzliche Zulässigerklärung von Dacheindeckungen ausserhalb der Bauzone mit Profilblech stellt eine Praxisänderung dar. Angesichts der mit Art. 77 Abs. 2 EG zum RPG verfolgten Ziele des Gesetzgebers auf der einen und der gestalterischen Sensibilität von Bauten in der Landwirtschaftszone auf der anderen Seite gilt es zu präzisieren, welche Bedingungen einzuhalten sind, damit von der Praxisänderung Gebrauch gemacht werden kann. Zunächst muss in diesem Zusammenhang festgehalten werden, dass bei unisolierten Dächern nicht von einer rechtsungleichen Behandlung gesprochen werden könnte, bestehen doch dort die oben aufgeführten Gründe für eine praxisentsprechende Abkehr von der herkömmlichen Bauart

nicht und bestehen dort durchaus Möglichkeiten, mit Art. 77 Abs. 2 EG zum RPG konforme Dacheindeckungsarten zu wählen.

Sodann ist festzulegen, dass bei der Planung und Ausführung von mit Profilblech-Sandwichpaneelen einzudeckenden Dächern ein spezielles Augenmerk auf die Dachrandabschlüsse zu legen ist. Die ort- und traufseitigen Abschlüsse sind fachgerecht mit Abdeckblechen des Profilblechsystems zu versehen. Ebenfalls möglich - und in gestalterischer Hinsicht gar zu bevorzugen - sind Ortbretter. Hinsichtlich der Dimensionierung haben sich die Dachrandabschlüsse an jene herkömmlicher Ziegeldächer zu halten. Die im vorliegenden Fall vorgesehene Ausführungsart entspricht diesen Vorgaben, solange sie sich an den im Rekursverfahren eingereichten Plan "Dachabschlüsse mit Thermopaneelen" hält. Die Farbwahl ist auf die Farben RAL 8014, 6020, 7016, 3004, 8012 und 8011 zu beschränken (Farbkarte für Stahl und Aluminium der Fa. M., Nr. 10.1.3).

Entscheid der Baudirektion vom 8.4.2003

1385

Bauen ausserhalb Bauzone. Der Einbau einer Holzfeuerungsanlage ist als bauliche Massnahme zu qualifizieren und kann nicht nach Art. 24a RPG bewilligt werden.

4. a) Das Planungsamt und mit ihm die Baukommission hat die Bewilligung einer baulichen Änderung aufgrund von Art. 24a RPG verweigert. Wie das Planungsamt zu Recht ausführt, lässt Art. 24a RPG eine einfache Umnutzung von landwirtschaftlichen Ökonomiegebäuden zu, soweit dazu keine baulichen Massnahmen nötig sind. Zusätzlich darf die zonenfremde Nutzung keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt verursachen. Bei der Beurteilung, ob eine bauliche Massnahme vorliegt, wird von Gesetzes wegen auf Art. 22 RPG verwiesen (vgl. Art. 24c RPG). Danach werden unter baulichen Massnahmen nicht nur Änderungen verstanden, welche äusserlich in erheblicher Weise in Erscheinung treten, sondern auch technisch bedeutsame Veränderungen des Innern eines bestehenden Gebäudes (*Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch*, Kommentar zum Bundes-

gesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 22, N. 30 f.). Nicht darunter fallen Erneuerungen und Sanierungen eines bestehenden Gebäudes, die über das übliche Mass einer Renovierung nicht hinausgehen. Es ist offensichtlich, dass der vorliegend geplante Einbau der Holzfeuerungsanlage als bauliche Massnahme zu betrachten ist. Die Einwendung des Rekurrenten, die Veränderung sei äusserlich kaum sichtbar, kann daher nicht gehört werden. Es handelt sich auch nicht um eine geringe bauliche Veränderung im Rahmen einer einfachen Erneuerung oder Sanierung. Insbesondere darf der bereits bestehende Kamin, welcher nicht bewilligt, sondern höchstens im Zuge der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Rahmen der früheren Verfügung aus Gründen der Verhältnismässigkeit geduldet ist, nicht als bereits rechtmässig bestehend betrachtet werden (vgl. BGE 127 II 215 E. 5b). Bei der Beurteilung der baulichen Massnahme muss daher als Vergleichsmassstab jener Zustand herangezogen werden, welcher bereits rechtmässig bewilligt ist. Der nicht bewilligte Teil kann keine Rücksicht finden (vgl. BGE 127 II 225). Aus Gründen der Rechtsgleichheit würde es zudem nicht angehen, auf jenen Zustand abzustellen, der sich heute präsentiert. Es ergibt sich deshalb, dass Art. 24a RPG hier nicht anwendbar ist.

Entscheid der Baudirektion vom 20.12.2002

1386

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Schutz des guten Glaubens. Eine Bauherrin, der eine Zufahrt mit zwei Fahrspuren bewilligt wurde, ist nicht gutgläubig, wenn sie im Rahmen einer Strassenanierung einen Vollflächenbelag ausführt.

6. (...)

a) Die Rekurrentin macht sinngemäss geltend, sie sei gutgläubig, weil sie bei Auftragserteilung für den Belag mit gekiester Oberflächenbehandlung der Auffassung gewesen sei, dass hierfür keine neue Bewilligung vonnöten sei, weil die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit ja bereits abgehandelt worden sei. Als Laie in Bausachen habe

sie dafür gehalten, dass nach den eingetretenen Schäden kein sachlicher Grund gegen den Belag vorhanden sein könne.

Nach der allgemeinen Regel für den Bereich des Zivilrechts, welche auch im öffentlichen Recht gilt, kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Derjenige, der Bauen will, hat sich darum zu kümmern, ob sein Vorhaben zulässig ist. In der Rechtsprechung wurde denn beispielsweise derjenige als bösgläubig bezeichnet, der trotz vorhandener Zweifel über die Tragweite einer Baubewilligung ohne Rückfrage bei der verfügenden Behörde Bauarbeiten vornimmt (ZBI 80/1979, S. 32), der in Kenntnis, dass seine Baubewilligung noch nicht rechtskräftig ist, sogleich mit dem Bauen beginnt (ZBI 84/1983, S. 285) und der sich ohne Rückfrage bei der Behörde auf eine frühere rechtswidrige Praxis verlässt (BVR 1995, S. 523 f.).

Das ursprüngliche Bauvorhaben der Rekurrentin sah für die neu zu erstellende Erschliessungsstrasse bereits einen bituminösen Belag vor. Dieses Baugesuch wurde denn auch vom Planungsamt mit Entscheid vom 2. April 1997 abgelehnt. Erst nachdem die Rekurrentin eine Projektänderung einreichte, welche nur noch zwei bekieste Fahrstreifen beinhaltete, hat das Planungsamt diesem Projekt, während laufendem Rekursverfahren, mit Entscheid vom 24. November 1997 die Bewilligung erteilt. Darin wird unter anderem festgehalten, dass zwei gekieste Fahrstreifen das Kriterium der „teilweisen Änderung“ noch erfüllen können. Und weiter: „Ein weiterer Ausbau würde einen wesentlichen Sprung in der Qualität der Strasse bedeuten, der durch die blosse Wohnnutzung nicht gerechtfertigt werden kann.“ Zwar wurde in der genannten Verfügung auch als Variante die Erstellung eines Schotterrasens erwähnt, hingegen ist aus dem Entscheid – auch für einen Laien in Bausachen - ersichtlich, dass eine Zufahrtsstrasse mit Bitumenbelag zu einer anderen Beurteilung führen müsste. Unter diesen Vorgaben kann nicht mehr gesagt werden, die Rekurrentin sei gutgläubig davon ausgegangen, der nachträgliche Belageinbau sei nicht bewilligungspflichtig bzw. von der Bewilligung gedeckt. Zumindest hätte sie daran zweifeln und dementsprechend die Behörde anfragen müssen.

Entscheid der Baudirektion vom 10.2.2003

3. Umwelt- und Gewässerschutz

1387

Umweltschutzrecht. Geruchsemissionen aus einem Imbissstand unterliegen der Luftreinhalteverordnung. Feststellung der Übermässigkeit bei fehlenden Immissionsgrenzwerten.

4. a) Der Rekurrent macht in materieller Hinsicht geltend, es sei zwar eine Abluftanlage vorhanden, die aber keine oder nur eine völlig ungenügende Wirkung zeige und die lästigen Geruchsimmissionen nicht verhindere.

b) Gerüche sind Luftverunreinigungen (vgl. BEZ 2000, Nr. 6; LGVE 1999, S. 225 ff.). Nach Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) werden Luftverunreinigungen durch Massnahmen an der Quelle begrenzt. Im Rahmen der Vorsorge sind Emissionen so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, und zwar unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung (Art. 11 Abs. 2 USG). Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastungen schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG).

Die vorgenannten Grundsätze werden konkretisiert in der Luftreinhalte-Verordnung (LRV; SR 814.318.142). Für Gerüche werden in der Verordnung keine Emissionsgrenzen festgelegt (Art. 3 Abs. 1 und Anhang 1 LRV). Demnach sind von der Behörde Emissionen vorsorglich so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 LRV). Technisch und betrieblich möglich sind nach Art. 4 Abs. 2 LRV Massnahmen zu Emissionsbegrenzungen, die bei vergleichbaren Anlagen im In- oder Ausland erfolgreich erprobt sind (lit. a) oder die bei Versuchen erfolgreich eingesetzt wurden und nach den Regeln der Technik auf andere

Anlagen übertragen werden können (lit. b). Grundsätzlich sind Emissionen möglichst nahe am Ort ihrer Entstehung möglichst vollständig zu erfassen und so abzuleiten, dass keine übermässigen Immissionen entstehen (vgl. Art. 6 Abs. 1 LRV). Bestehen für Schadstoffe keine Immissionsgrenzen, was für Gerüche zutrifft (vgl. Anhang 7 LRV), so gelten Immissionen u.a. dann als übermässig, wenn aufgrund einer Erhebung feststeht, dass sie einen wesentlichen Teil der Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich stören (vgl. Art. 2 Abs. 5 lit. b LRV). Im Weiteren hat die Behörde die Emissionsbegrenzungen so weit zu ergänzen oder zu verschärfen, dass keine übermässigen Immissionen verursacht werden, wenn zu erwarten ist, dass eine einzelne geplante Anlage übermässige Immissionen verursachen wird, obwohl die vorgeschriebenen Emissionsbegrenzungen eingehalten sind (vgl. Art. 5 LRV).

5. a) [...]

b) [...] Mit Bericht vom 24. Oktober 2001 kam das Amt für Umweltschutz zusammenfassend zu folgendem Schluss: „Aufgrund der zur Verfügung stehenden Fakten kann nicht abgeleitet werden, dass der Betrieb des Imbissstandes übermässige Immissionen verursacht. Die Ausrüstung im Imbissstand entspricht dem Stand der Technik.“ Die Baudirektion sieht keine Veranlassung, von der Auffassung der Fachbehörde abzuweichen. Daran vermögen auch die Vorbringen des rekurrentischen Rechtsvertreters nichts zu ändern. Dieser wendet im Schreiben vom 8. November 2001 insbesondere ein, dass eine dem neuesten Stand der Technik entsprechende Anlage mit Bestimmtheit in der Lage wäre, lästige Geruchsmissionen vollständig zu unterbinden. Und weiter: Für den Rekurrenten und den Rechtsvertreter sei und bleibe es völlig unverständlich, wieso die Behörden sich in diesem Zusammenhang nicht durchsetzten und den Bau einer effizienten Abluftanlage sowie weitere Massnahmen verlangen würden, die den einwandfreien, immissionslosen Betrieb des Imbissstandes garantierten. Abgesehen davon, dass diese Vorbringen nicht weiter begründet werden, verkennt der Rekurrent, dass von Seiten der Umweltgesetzgebung nicht die völlige Immissionslosigkeit von Anlagen verlangt wird, sondern nur (verschärfte) Emissionsbegrenzungen, soweit übermässige Immissionen vorliegen. Das Bestehen solcher übermässigen Immissionen haben aber sowohl das Amt für Umweltschutz als auch die Vorinstanz verneint. Letztere kam gar zu diesem Schluss, bevor die im Rekursverfahren vorgenommenen Massnahmen zum Tragen gekommen sind. Die Vorinstanz stützte sich dafür

auf eigene Wahrnehmungen anlässlich des Augenscheins, auf die Erhebung des kommunalen Hochbauamtes bei der unmittelbar südlich des Standortes des Imbissstandes wohnhaften Bevölkerung sowie auf die Tatsache, dass das erforderliche Quorum von 25% der betroffenen Bevölkerung gemäss den Richtlinien des BUWAL nicht erfüllt wird. Das Amt für Umweltschutz begründete die fehlende Übermässigkeit insbesondere damit, dass zwar nach eigenen Wahrnehmungen eine Geruchswahrnehmung am Standort der Klägerschaft nicht ausgeschlossen werden könne, doch seien von dritter Seite keine Klagen eingegangen und gebe es von dieser Seite keine Hinweise auf übermässige Immissionen (Amtsbericht des Amtes für Umweltschutz vom 24. Oktober 2001). Die von der Vorinstanz und der kantonalen Fachstelle gemachten Erhebungen zur Feststellung der Übermässigkeit i.S. von Art. 2 Abs. 5 lit. b LRV sind insgesamt rechtsgenügend, ist doch der Aufwand für die Ermittlung der Umweltbelastung in einem vernünftigen Verhältnis zu der in Frage stehenden Störungsquelle zu setzen (URP 1996, S. 665 ff.). Des Weiteren ist die Festlegung des Untersuchungsperimeters durch den Gemeinderat entgegen der Ansicht des Rekurrenten nicht zu beanstanden. Dieser durfte neben den Bewohnern der K.-Strasse teilweise auch diejenigen der S.- sowie der O.-Strasse in den Kreis der Betroffenen einbeziehen. Soweit ersichtlich, liegen nämlich sämtliche Grundstücke mehr oder weniger innerhalb etwa derselben Distanz, so dass eine mögliche Geruchsbelastung für die dort wohnenden Bewohner nicht ausgeschlossen werden kann. Insgesamt ist davon auszugehen, dass keine übermässige Immission vorliegt.

Entscheid der Baudirektion vom 4.2.2002

1388

Gewässerschutz. Das in einem Schutzzonenreglement festgelegte Jaucheverbot in einer Schutzzone S2 ist rechtmässig.

7. a) Der Einsprecher beanstandet ferner das in Art. 31 des Schutzzonenreglementes statuierte Verwendungsverbot von Jauche (Gülle) in der Zone S2 als übermässig. Gemäss seiner Einsprache erachtet er die Beschränkung der Düngung mit Vollgülle auf die effek-

tive Vegetationszeit von 1. Mai bis 30. September als genügend, um die Wasserqualität zu gewährleisten. Die Beschränkung der Düngung auf Mist verursache Mehraufwand und Mehrkosten und verringere nicht notwendigerweise die Gewässerbelastung. Der Einsprecher bietet an, das Ausbringen von Vollgülle auf zweimal pro Jahr und möglichst optimal abgestimmt auf die Witterungsverhältnisse zu beschränken. Das Schutzzonenreglement sieht aber in der gegenwärtigen Fassung keine Ausnahme vom Gülleverbot vor. Das Gülleverbot beschränkt die Nutzung des betroffenen Gebietes und beeinträchtigt somit das Eigentum. Eine solche Massnahme setzt eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse voraus und muss zudem verhältnismässig sein.

b) Der Bund ist nach Art. 76 Abs. 2 BV zur Grundsatzgesetzgebung über die Erhaltung und die Erschliessung der Wasservorkommen ermächtigt. Davon hat er mit dem Erlass des Gewässerschutzgesetzes (GSchG; SR 814.20) Gebrauch gemacht. Art. 9 Abs. 2 lit. c GSchG erklärt den Bundesrat zuständig für den Erlass von Vorschriften über Stoffe, die nach Art ihrer Verwendung ins Wasser gelangen und es verunreinigen können. Diese Vorschriften finden sich in der Stoffverordnung (StoV, SR 814.013), welche unter anderem vorschreibt, dass keine flüssigen Hofdünger in der Zone S2 verwendet werden dürfen (Ziff. 33 Abs. 2 Anhang 4.5 StoV). Für das Gülleverbot in der Zone S2 gibt es daher eine genügende gesetzliche Grundlage.

Es besteht ein klares Interesse, dass weder Keime noch Viren in die Grundwasserfassung gelangen und dadurch die öffentliche Gesundheit gefährden. Somit sind Massnahmen zu treffen, welche dies verhindern. Das Gülleverbot ist als Massnahme dann verhältnismässig, wenn es geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne ist, um die Grundwasserfassung bzw. die öffentliche Gesundheit zu schützen.

Ein Gülleverbot ist geeignet zu verhindern, dass in der Gülle vorhandene Keime oder Viren durch Abfluss oder Abschwemmung in die Grundwasserfassung gelangen. Ziff. 33 Abs. 2 Anhang 4.5 StoV sieht zwar vor, dass die Kantone die Verwendung von flüssigem Hofdünger in der Zone S2 zulassen können, jedoch nur, wenn aufgrund der Bodenbeschaffenheit gewährleistet ist, dass keine pathogenen Keime in die Grundwasserfassung gelangen. Eine optimale Abstimmung der Düngung auf die Witterung, wie vom Einsprecher vorgeschlagen, verhindert zwar, dass Gülle durch den Regen abgeschwemmt wird.

Da aber der Boden nie durchgehend homogen ausgebildet ist, weist er immer sogenannte präferentielle Fliesswege auf, entlang denen Flüssigkeiten rasch und praktisch ungefiltert ins Grundwasser gelangen können, z.B. Trockenrisse, Maulwurfgänge, Mäuselöcher und Hohlräume von verrotteten Wurzeln. Trinkwasseranalysen vor der Sanierung der Grundwasserfassung wiesen regelmässig Belastungen des Quellwassers mit pathogenen Keimen (E. Coli und Enterokokken) auf, welche z.B. aus dem Darmtrakt von Warmblütern (Vieh) stammen. Aber auch nach der umfassenden Sanierung brachten Wasserproben nach dem Gülleaustrag zum Teil ungenügende Resultate. Somit lässt die Bodenbeschaffenheit die Düngung mit Gülle nicht zu. Der Einsprecher erwähnt, dass die Gewässerbelastung bei der Düngung mit Mist nicht unbedingt geringer sei. Hierbei ist anzumerken, dass bei der Düngung mit Mist die Gefahr der Verunreinigung insofern geringer ist, als die Mistfetzen auf der Bodenoberfläche zu liegen kommen. Das UV-Licht der Sonne wirkt stark bakterizid und führt zu einer erheblichen Keimreduktion. Hinzu kommt, dass die Gefahr des Abfliessens durch präferentielle Fliesswege vermieden wird. Daher lässt sich die Zulassung von Mist trotz Gülleverbots rechtfertigen. Sollte sich ergeben, dass auch der Mistaustrag die Grundwasserfassung belastet, wäre eine Verschärfung der Düngungsvorschriften angebracht.

Mit dem Gülleverbot wird nicht jede Nutzung und Düngung des Gebietes ausgeschlossen. Insofern überwiegt das öffentliche Interesse an keim- und virenfreiem Grundwasser das private Interesse an der Düngung mit Gülle. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit des Verbots ist zu berücksichtigen, dass bereits bei der Dimensionierung der Zone S2 eine Abwägung vorgenommen wurde, d.h. lediglich derjenige Bereich der Zone S2 zugewiesen wurde, welcher einen genügenden Schutz der Grundwasserfassungen zu gewährleisten vermag. Mit der Sanierung der Quellen hat sich die topographische Lage nicht so sehr verändert, dass eine Neudimensionierung vorzunehmen ist.

c) Das Gülleverbot der Zone S2 hat eine genügende gesetzliche Grundlage, ist geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinn, um die öffentliche Gesundheit zu schützen. Der Einsprachepunkt wird abgewiesen.

Entscheid der Baudirektion vom 13.1.2003

4. Strassenwesen

1389

Strassenbaupolizei. Die Praxis, wonach Dienstleistungsbetriebe grundsätzlich keinen Anspruch auf Bewilligung eines Betriebswegweisers haben, ist mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar.

5. a) Die Rekurrentin macht geltend, dass sie gegenüber anderen Gewerbebetrieben benachteiligt werde. Das Tiefbauamt jedoch betrachtet Architektur-, Ingenieur-, Treuhandbüros, Anwaltskanzleien usw. als Dienstleistungsbetriebe. In der Folge verweigert es ihnen prinzipiell - unter Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen - den Anspruch auf einen Betriebswegweiser.

b) Gemäss dem Wortlaut von Art. 54 Abs. 4 der eidgenössischen Signalisationsverordnung (SSV; SR 741.21) weisen Betriebswegweiser auf Industrie-, Gewerbe- und Handelsbetriebe, Ausstellungen und dergleichen hin. Fällt ein Betrieb in eine dieser Kategorien, hätte er an sich Anspruch auf einen Betriebswegweiser. Nach Art. 52 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411) ist unter Gewerbe jede selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen. Zum Handelsgewerbe wird insbesondere das Erbringen von Dienstleistungen wie das Treuhandgeschäft oder auch die Auskunftserteilung irgendwelcher Art und in irgendeiner Form gezählt (Art. 53 lit. A HRegV). Auch im allgemeinen Sprachgebrauch werden Dienstleistungsbetriebe zum Gewerbe gezählt, wie aus den Wendungen Gastgewerbe und Bankgewerbe ersichtlich ist. Zudem steht die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 54 Abs. 4 SSV („... und dergleichen“) einer engen Auslegung des Begriffs „Gewerbe- und Handelsbetrieb“ entgegen. Dienstleistungsbetriebe fallen somit nach Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch in die Kategorie „Gewerbe- und Handelsbetriebe“. Erfüllen sie die einzelnen materiellen Voraus-

setzungen, haben sie somit Anspruch auf Bewilligung eines Betriebswegweisers.

c) Die generelle Verweigerung von Betriebswegweisern für Dienstleistungsbetriebe ist zudem nicht mit dem Sinn und Zweck von Art. 54 Abs. 4 SSV vereinbar. Das Tiefbauamt begründet seine Praxis damit, dass Dienstleistungsbetriebe keine Lager-, Verkaufs- oder Betriebsräume aufweisen würden. Betriebswegweiser sind jedoch jenen Betrieben zu bewilligen, die ein verkehrspolizeiliches Bedürfnis aufweisen (Interkantonale Kommission für den Strassenverkehr, Richtlinien vom 26. Juni 1968 über die Signalisierung von Betrieben, Ziff. 3.1). Lediglich der Suchverkehr und die damit verbundene Behinderung des Strassenverkehrs sind massgebend, unabhängig davon, ob sie von einem Dienstleistungsbetrieb oder einem anderen Betrieb ausgelöst werden. Eine schematische Ablehnung von Betriebswegweisern für sämtliche Dienstleistungsbetriebe lässt sich nicht rechtfertigen, da klare Kriterien vorhanden sind, um das verkehrspolizeiliche Bedürfnis abzuklären. Weiter ist eine schematische Behandlung unzulässig, sind doch auch Dienstleistungsbetriebe untereinander sehr heterogen ausgestaltet. Schliesslich können Dienstleistungsbetriebe dadurch, dass der Kundenkontakt und die persönliche Betreuung im Dienstleistungsgewerbe an Bedeutung gewonnen haben, ähnliche Besucherfrequenzen wie andere Betriebe aufweisen. Ob im konkreten Fall der Suchverkehr einen Betriebswegweiser bedingt, ergibt sich also erst durch die Prüfung der materiellen Voraussetzungen.

d) Die Praxis des Tiefbauamtes, prinzipiell keine Betriebswegweiser für Dienstleistungsbetriebe zu bewilligen, ist weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck von Art. 54 Abs. 4 SSV vereinbar. Erfüllen Dienstleistungsbetriebe die materiellen Voraussetzungen, haben sie Anspruch auf Bewilligung eines Betriebswegweisers.

Entscheid der Baudirektion vom 13.9.2002

5. Familienrecht

1390

Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unmündige Kinder.
Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse des Konkubinatspartners?

Die zuständigen Behörden einer Gemeinde lehnten ein Gesuch um Bevorschussung von Kinderalimenten ab, weil das Einkommen der sorgeberechtigten Mutter zusammen mit dem Einkommen ihres Konkubinatspartners die Grenze für die Bevorschussung überstieg und der Unterhalt des Kindes somit anderweitig sichergestellt sei. Der Regierungsrat hob diesen Entscheid aus folgenden Erwägungen auf:

3. Gemäss Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unmündige Kinder (GIBU; bGS 212.33) wird ein Vorschuss ausgerichtet, wenn der Elternteil, der für das Kind sorgt, die Voraussetzungen für den Bezug einer Ergänzungsleistung an eine alleinstehende Person mit Kindern gemäss der Gesetzgebung über die Ergänzungsleistungen zur eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invaliden-Versicherung erfüllt. Kein Anspruch auf Bevorschussung besteht, wenn der Unterhalt des Kindes anderweitig gesichert ist (Art. 4 lit. b GIBU).

a) Unbestritten ist, dass das Erwerbseinkommen und die Vermögensverhältnisse der sorgeberechtigten Mutter für sich allein genommen zur vollen Alimentenbevorschussung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GIBU berechtigen würden. Die Vorinstanzen sind aber davon ausgegangen, dass ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 4 lit. b GIBU vorliege, weil die sorgeberechtigte Mutter im Konkubinat lebe und der Unterhalt des Kindes somit anderweitig gesichert sei. Ihr Lebenspartner verfüge über genügend Einkommen, um den Unterhalt des Kindes sicherzustellen.

b) Sinn und Zweck des GIBU ist es, den Unterhalt von Kindern sicherzustellen, wenn der verpflichtete Elternteil seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt. Wenn die Vorinstanzen sich auf den Standpunkt stellen, der Unterhalt sei durch den Konkubinatspartner sichergestellt, verkennen sie, dass diesen keine gesetzliche Unterhaltspflicht trifft. Das Konkubinat unterscheidet sich von der Ehe unter anderem durch die fehlende Unterhalts- und Beistandspflicht. Da das Konkubinat grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfaltet, besteht auch kein klagbarer Anspruch auf Leistung gegenüber dem Konkubinatspartner. Insoweit ist es unzulässig, aufgrund der blossen Tatsache des Konkubinats davon auszugehen, dass der Unterhalt des Kindes im Sinne von Art. 4 lit. b GIBU „anderweitig sichergestellt“ sei.

c) Eine Ausnahme drängt sich allenfalls dann auf, wenn sich der Konkubinatspartner von sich aus bereit erklärt, das Kind des anderen Partners zu unterstützen, und wenn der Unterhalt auch tatsächlich erbracht wird (*Felix Wolfers*, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999, S. 161 f.; SGGVP 1983, Nr. 13, S. 27). Aus den Akten ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Lebenspartner der sorgeberechtigten Mutter eine solche Erklärung abgegeben hätte. Die Einstellung der Bevorschussung lässt sich somit nicht auf Art. 4 lit. b GIBU stützen.

d) Die Vorinstanzen vertreten des weiteren die Auffassung, dass Konkubinatspaare analog zu Art. 5 Abs. 3 GIBU zu behandeln seien, wonach die finanziellen Verhältnisse eines Stiefelternteils zu berücksichtigen sind, was zu einer Begrenzung der Bevorschussung führen kann. Damit gehen sie sinngemäss davon aus, dass eine gesetzliche Lücke vorliege, denn Art. 5 Abs. 3 GIBU spricht ausdrücklich nur vom Stiefelternteil und verweist auf dessen Beistandspflicht nach Art. 278 Abs. 2 ZGB. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage, wie sie andere Kantone für den Einbezug der Vermögensverhältnisse des Konkubinatspartners geschaffen haben, fehlt im Recht des Kantons Appenzell A.Rh. Darin lässt sich jedoch keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes erblicken. Wie Art. 4 lit. e GIBU zeigt, hat sich der Gesetzgeber durchaus mit dem Problem der Konkubinatspaare befasst. Indessen hat er sich darauf beschränkt, dem Konkubinat nur dann eine Bedeutung für die Alimentenbevorschussung beizumessen, wenn es sich beim Konkubinatspaar um die Eltern des Kindes handelt. Daraus ist zu schliessen, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, den Konkubinatspartner generell mit einem Stiefelternteil gleichzustellen.

e) Hinzu kommt, dass das Bundesgericht selbst in einem Fall, in dem das kantonale Recht den Konkubinatspartner dem Stiefelternteil bezüglich der Alimentenbevorschussung ausdrücklich gleichstellte, verlangt hat, dass ein stabiles Konkubinatsverhältnis vorliegen müsse (BGE 129 I 7). Auch wenn der Kanton Appenzell A.Rh. also eine gesetzliche Grundlage hätte, welche den Konkubinatspartner einem Stiefelternteil gleichstellen würde, so müsste es sich dabei um ein stabiles Konkubinatsverhältnis handeln. Nach der zum scheidungsrechtlichen Unterhalt entwickelten Praxis liegt ein solches Konkubinatsverhältnis in der Regel erst nach einer Dauer von fünf Jahren vor. Diesfalls spreche eine Tatsachenvermutung dafür, dass es sich um eine qualifizierte eheähnliche Gemeinschaft handle (BGE 118 II 235 ff., 116 II 394 ff.). Das Konkubinatsverhältnis der sorgeberechtigten Mutter und ihres Partners besteht im vorliegenden Fall jedoch erst seit dem Jahr 2000. Die Dauer des Konkubinats spricht demnach nicht dafür, dass es sich um ein qualifiziertes Konkubinatsverhältnis handelt. Solche relativ kurzzeitig bestehende Konkubinatsverhältnisse können im Sinne einer Ausnahme allenfalls dann als stabil betrachtet werden, wenn schlüssig nachgewiesen ist, dass die Beziehung so eng und dauerhaft konzipiert ist, dass ein gegenseitiger Beistand wie in einer Ehe zu erwarten ist oder sogar tatsächlich erbracht wird (ZeSo 1999, S. 32). Die Vorinstanzen haben diesen Nachweis im vorliegenden Fall jedoch nicht erbracht.

f) Massgebliches Einkommen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GIBU ist somit allein das Einkommen des sorgeberechtigten Elternteils. Da das GIBU ausdrücklich auf die Gesetzgebung zu den Ergänzungsleistungen verweist, scheint es angezeigt, für die Berechnung des anrechenbaren Einkommens die diesbezügliche bundesgerichtliche Praxis anzuwenden. Nach BGE 127 V 244 sind Naturalleistungen - einschliesslich ein allenfalls zusätzlich ausgerichtetes Taschengeld -, welche eine im Konkubinatsverhältnis lebende Person ihrem Partner als Ausgleich für die Führung des gemeinsamen Haushaltes zukommen lässt, zum anrechenbaren Einkommen zu zählen. Da für die Ergänzungsleistungen von den faktischen Verhältnissen auszugehen ist, muss auf die zugunsten des Konkubinatspartners tatsächlich erbrachten Leistungen abgestellt werden (*Felix Wolfers*, a.a.O., S. 161). Nur diese tatsächlich erbrachten Leistungen sind beim Empfänger als Einkommen zu berücksichtigen. Aus den Akten geht nicht mit genügender Klarheit hervor, ob solche Leistungen im vorliegenden Fall erbracht worden sind. Die Sache ist deshalb zur ergänzenden Sach-

verhaltsabklärung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an den Gemeinderat zurückzuweisen.

RRB vom 17.6.2003

B.

Gerichtsentscheide

1. Verwaltungsgericht

2215

Grundstückgewinnsteuer. Für mehr als 20 Jahre zurückliegende Handänderungen kann der Steuerpflichtige entweder die nachweisbaren Anlagekosten oder den amtlichen Verkehrswert vor 20 Jahren, zuzüglich der seitherigen wertvermehrenden Aufwendungen, in Anrechnung bringen (Art. 131 Abs. 3 StG). Zur massgebenden amtlichen Schätzung.

Aus den Erwägungen:

2. Der Grund für das Wahlrecht des Steuerpflichtigen liegt darin, dass es dem Steuerpflichtigen nach einer Zeitdauer von über 20 Jahren häufig nicht mehr möglich ist, den Erwerbspreis oder die vor über 20 Jahren getätigten sonstigen Aufwendungen zu belegen. Bei einer Besitzesdauer von mehr als 20 Jahren ist von Amtes wegen auf den für den Steuerpflichtigen in der Regel vorteilhafteren amtlichen Verkehrswert vor 20 Jahren abzustellen, wenn sich der Steuerpflichtige nicht äussert oder er die nötigen Belege für den Erwerbspreis oder die vor mehr als 20 Jahren getätigten sonstigen Aufwendungen nicht mehr beibringen kann (vgl. *Richner/Frei/Kaufmann*, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 220, N. 87).

3. Umstritten ist einzig noch, auf welchen amtlichen Verkehrswert am Stichtag vor 20 Jahren abzustellen ist. Ausgangspunkt ist dabei der Eintrag der Veräusserung im Grundbuch, welche gemäss der bei den Akten liegenden Handänderungsanzeige im Falle der streitigen Parzellen Nrn. 137 und 630 am 26. Juni 2001 erfolgt ist. Massgebender Stichtag für den amtlichen Steuerwert vor 20 Jahren ist somit der 26. Juni 1981.

a) Umstritten ist, welche der vorhandenen Schätzungen als amtlicher Wert vor 20 Jahren gilt bzw. wie dieser amtliche Wert allenfalls zu ermitteln ist. Die Vorinstanz hält teils in Anlehnung an die bisherige

kantonale Praxis zu Art. 59 Abs. 1 des aufgehobenen Gesetzes über die direkten Steuern (aStG, vom 27. April 1958) dafür, dass als amtlicher Verkehrswert vor 20 Jahren nach neuem Recht nur derjenige gelten könne, welcher auf der zum Zeitpunkt vor genau 20 Jahren rechtskräftigen amtlichen Verkehrswertschätzung beruhe. Soweit dies die Vorinstanz aus dem nun eindeutigeren Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StG abzuleiten sucht, trifft zu, dass dieser Wortlaut zwar nun den massgebenden Stichtag, aber nicht notwendigerweise die Ermittlungsmethode eindeutiger bestimmt. Nach Art. 59 Abs. 1 aStG war im Rahmen des Wahlrechtes ausdrücklich auf die Steuerwertschätzung, und zwar "in der Regel" auf die vor 15 Jahren "gültige", abzustellen. Dies liess der Steuerbehörde einen Ermessensspielraum in Bezug auf den massgebenden Zeitpunkt, nicht aber hinsichtlich der Ermittlungsmethode. Nach dem vorliegend massgebenden Art. 131 Abs. 3 StG ist nun der amtliche Verkehrswert "vor 20 Jahren" massgebend, wodurch nun zwar der Zeitpunkt genau feststeht. Weil diese Bestimmung nicht mehr ausdrücklich auf die (damals) "gültige Steuerwertschätzung" abstellt, stellt sich in der Tat die Frage, ob (weiterhin) auf die am Stichtag gültige Schätzung abzustellen ist oder ob der Gesetzgeber ermöglichen wollte, dass auf diesen Stichtag hin nachträglich eine Neuschätzung verlangt werden kann. Weder der Wortlaut noch die Materialien zu Art. 131 Abs. 3 StG (Erläuternder Bericht des Regierungsrates vom 23. Februar 1999, S. 38) erlauben eine Klärung dieser Frage, zumal in den Materialien auch nur vage vom damaligen Verkehrswert die Rede ist.

b) Die Ausgestaltung der übrigen Bestimmungen zur Bestimmung des Steuerobjektes (Kap. IV, Art. 126-132 StG) lassen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber jedenfalls in Bezug auf Art. 131 Abs. 3 StG keine Neuschätzung ermöglichen wollte, weshalb unverändert auf die am Stichtag *geltende* Steuerschätzung abzustellen ist: Die amtlichen Steuerschätzungen werden seit langem und weiterhin im Regelfall alle 10 Jahre revidiert (vgl. Art. 39 Abs. 2 der Verordnung über die amtlichen Grundstückschätzungen vom 3.1.1984, bGS 621.21, fortan SchVO). Zwar kann der betroffene Eigentümer oder die Steuerbehörde pro futuro jederzeit eine Neuschätzung verlangen, wenn eine Schätzung überholt ist (vgl. Art. 40 Abs. 1 und 2 SchVO); die Kosten der auf Verlangen eines Eigentümers vorgenommenen Neuschätzung können diesfalls dem Eigentümer auferlegt werden (Art. 60 Abs. 3 SchVO). Der Gesetzgeber hat in Anbetracht dieser kantonalen Praxis

in Art. 127 Abs. 2 StG für den vorliegend nicht gegebenen Fall, dass zum Zeitpunkt der Veräusserung kein Kaufpreis festgelegt wurde, *ausdrücklich* bestimmt, dass die Steuerbehörde oder die steuerpflichtige Person diesfalls zur Bestimmung des (aktuellen) Verkaufserlöses eine *Neuschätzung* verlangen kann. In Art. 131 Abs. 3 StG hat der Gesetzgeber für den 20 Jahre zurückliegenden Stichtag keine solche Neuschätzung vorgesehen. Desgleichen hat er auch in Art. 128 Abs. 2 StG keine Neuschätzung vorgesehen, wenn schon beim Erwerb durch den Steuerpflichtigen ein Kaufpreis fehlt und diesfalls ersatzweise auf den amtlichen Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erwerbs abzustellen ist. Wurde in Art. 127 Abs. 2 StG ausdrücklich eine Neuschätzung vorgesehen, so kann das Fehlen einer vergleichbaren Grundlage in den beiden anderen Bestimmungen aufgrund der systematischen Stellung im gleichen Kapitel über das Steuerobjekt vorliegend nur als qualifiziertes Schweigen gedeutet werden. Denn eine Neuschätzung auf einen 20 Jahre zurückliegenden Stichtag (Art. 131 Abs. 3 StG) oder auf den häufig noch weiter zurückliegenden Erwerbszeitpunkt (Art. 128 Abs. 2 StG) würde eine ungleich aufwendigere und schwieriger zu bewerkstelligende Ersatzwertbestimmung darstellen als die Neuschätzung, wie sie in Art. 127 Abs. 2 StG für den bei der Veranlagung in aller Regel nur wenige Monate zurückliegenden Zeitpunkt der Veräusserung ausdrücklich vorgesehen wurde. Hätte der Gesetzgeber eine Neuschätzung auch im Rahmen von Art. 131 Abs. 3 StG (oder Art. 128 Abs. 2) ermöglichen wollen, so hätte er dafür in Art. 131 (und Art. 128) erst recht und ausdrücklich eine gesetzliche Grundlage geschaffen bzw. schaffen müssen. Dazu kommt, dass der kantonale Gesetzgeber im Rahmen der Steuerharmonisierung durchaus frei war, für diesen Fall auf eine Neuschätzung zu verzichten. Denn die Lehre zu Art. 12 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14) ist sich einig, dass der Bundesgesetzgeber damit weder bezüglich des Steuerobjektes noch insbesondere bezüglich der Ermittlung der Werte, welche zu diesem Steuerobjekt führen, harmonisierend in die legislatorische Freiheit der Kantone eingegriffen hat (vgl. *Zwahlen* in *Zweifel/Athanas* [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1, N. 43/44 zu Art. 12 StHG). Die Auslegung der kantonalen Steuerverwaltung, wonach im Rahmen von Art. 131 Abs. 3 StG unverändert auf die vor 20 Jahren *rechtsgültige* amtliche

Verkehrswertschätzung abzustellen sei, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

c) Weil der kantonale Gesetzgeber für den Bereich der wahlweisen Anwendung des Verkehrswertes vor 20 Jahren somit keine Neuschätzung vorsehen wollte, steht fest, dass für die beantragte Neuschätzung oder die Interpolation auf den 26. Juni 1981 hin (als Sonderform einer Neuschätzung) kein Raum besteht. Daran ändert nach dem Gesagten nichts, dass einzelne Kantone auch in diesem Zusammenhang eine Neuschätzung vorsehen. Weil der Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StG (anders noch als Art. 59 Abs. 1 aStG) in zeitlicher Hinsicht keinen Spielraum mehr lässt, sondern den Stichtag genau auf den Zeitpunkt vor 20 Jahren festlegt, ist das beantragte Abstellen auf die jüngeren Schätzungen von 1982 oder 1987 erst recht ausgeschlossen. Ob dies *ausnahmsweise*, wie die Vorinstanz darlegt, dann anders sein kann, wenn keine vor 20 Jahren gültige Schätzung vorliegt, kann angesichts der 1981 uneingeschränkt rechtsgültigen Schätzung von 1974 offen bleiben. Demnach hat die Vorinstanz durchwegs zu Recht auf die Schätzung von 1974 abgestellt.

4. Da der kantonale Gesetzgeber dem Steuerpflichtigen das Wahlrecht neuerdings erst nach 20 (statt wie bisher nach 15) Jahren einräumt, ist namentlich der Replik des Beschwerdeführers auch folgendes entgegenzuhalten: Der Gesetzgeber hat zweifellos in Kenntnis der bisherigen Praxis, dass Neuschätzungen im Regelfall nur alle 10 Jahre erfolgen (Art. 39 Abs. 2 SchVO), es mit seinem qualifizierten Schweigen zur Neuschätzung in Art. 131 Abs. 3 StG auch erneut in Kauf genommen, dass im Einzelfall auf eine schon am Stichtag bis zu 10 Jahre alte amtliche Schätzung abgestellt wird. Weil der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Praxis das Wahlrecht in Art. 131 Abs. 3 StG zeitlich sogar noch eingeschränkt hat, kann der Beschwerdeführer aus der *ratio legis* nichts Gegenteiliges ableiten. Diese gesetzgeberische Entstehungsgeschichte ist zu beachten und hat zur Folge, dass der Steuerpflichtige sein Wahlrecht im Einzelfall nur basierend auf einer neuerdings bis zu 30 Jahre alten amtlichen Schätzung ausüben kann. Entsprechend bleibt es dem Steuerpflichtigen auch im Rahmen seines Wahlrechtes nicht erspart, dass er die seitherigen wertvermehrenden Aufwendungen im Extremfall bis auf 30 Jahre zurück nachweisen muss. Da zum rechtsgenügenden Nachweis der Aufwendungen die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Rechnungsbelege gehört (vgl. *Richner/Frei/Kaufmann*, a.a.O., § 221, N. 12), hat der

Steuerpflichtige die notwendigen Belege entsprechend bis 30 Jahre lang aufzubewahren. Da es sich bei den wertvermehrenden Aufwendungen um steuermindernde Tatsachen handelt und das Gesetz dem Steuerpflichtigen die Nachweispflicht ausdrücklich auferlegt (vgl. Art. 129 Abs. 1 lit. a und Art. 131 Abs. 3 StG), hat der Steuerpflichtige widrigenfalls auch die Folgen der Beweislosigkeit für diesen Zeitraum bis 30 Jahre zurück zu tragen. Es zeigt sich, dass die Nachweis- und Aufbewahrungspflicht des Steuerpflichtigen *zeitlich* weiter geht, als Art. 131 Abs. 3 StG allein aufgrund seines Wortlautes zunächst vermuten lässt.

Unter diesen Umständen erweist es sich durchaus als rechtens, dass im Rahmen des Wahlrechtes auf die fast 27 Jahre alte Schätzung von 1974 abgestellt wurde. Ein Anspruch auf eine Neuschätzung auf den 20 Jahre zurückliegenden Stichtag hin besteht nicht. Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

VGer 22.1.2003

2216

Ermessensveranlagung. Bedeutung einer nur in Teilen ordnungsgemässen Buchhaltung. Aufrechnung einer nicht erklärbaren Vermögenszunahme bei einer selbständigen Coiffeuse in Berücksichtigung eines vergleichsweise tiefen Bruttogewinnes und des Fehlens eines Kassabuches.

Aus den Erwägungen:

2. Streitig ist die Hauptveranlagung 1999/2000, auf welche grundsätzlich noch das alte materielle Steuerrecht anwendbar ist. Nach Art. 86 Abs. 1 und 2 des inzwischen aufgehobenen Steuergesetzes (aStG, vom 27. April 1958) ist eine Ermessensveranlagung vorzunehmen, soweit eine ziffernmässige Veranlagung nicht möglich ist. Die Einkünfte sind, soweit möglich, nach Erfahrungszahlen zu schätzen. Nachgewiesenen besonderen Verhältnissen ist dabei Rechnung zu tragen. Die reinen Einkünfte dürfen in keinem Fall niedriger angenommen werden, als dem Aufwand des Steuerpflichtigen für sich und seine Familie entspricht. Der Nachweis, dass dieser Aufwand ganz oder teilweise aus dem Vermögen bestritten wurde, bleibt vorbehalten. Die Voraussetzungen, unter denen zu einer Ermessensveranla-

gung geschritten werden kann, sind in Art. 33 ff. der inzwischen ebenfalls aufgehobenen alten Steuerverordnung präzisiert (aStV, vom 27. November 1958), wobei fünf verschiedene Tatbestände unterschieden werden. Im neuen Steuergesetz (StG, vom 21. Mai 2000, bGS 621.11; in Kraft seit 1. Januar 2001) werden in Art. 169 StG zwar nur noch zwei Tatbestände unterschieden, jedoch sind die altrechtlichen Tatbestände im Wesentlichen in den beiden neurechtlichen Tatbeständen enthalten. Daher ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf das neue Recht abgestellt hat. Die Ermessensveranlagung ist nach wie vor keine Strafe, sondern das Schliessen einer Sachverhaltslücke mittels Wahrscheinlichkeitsannahme. Deshalb braucht kein Verschulden des Steuerpflichtigen vorzuliegen (Erläuternder Bericht zum Gesetzesentwurf vom 23. Februar 1999). Nach altem wie neuem Recht ist deshalb eine Ermessensveranlagung nicht nur bei einer trotz Mahnung erfolgten Verletzung von Verfahrenspflichten durchzuführen (Art. 169 Abs. 1 StG, Art. 33 Ziff. 2 aStV), sondern immer auch dann, wenn aufgrund der eingereichten Steuererklärung, der Beilagen und des Ermittlungsverfahrens die Steuerfaktoren mangels zuverlässiger Unterlagen nicht ziffernmässig genau ermittelt werden können (Art. 169 Abs. 1 StG, Art. 33 Ziff. 1 aStV). Im Rahmen dieses (zweiten) Tatbestandes ist eine Ermessensveranlagung insbesondere dann vorzunehmen, wenn der Aufwand des Steuerpflichtigen (auch des nicht buchführungspflichtigen) in einem Missverhältnis zum Ergebnis zu den ausgewiesenen Einkünften oder zum ausgewiesenen Kapitalverbrauch steht (Art. 33 Ziff. 3 aStV) oder wenn beim buchführenden Pflichtigen ein Missverhältnis zu den Ergebnissen der statistischen Erhebungen bei den Betrieben des betreffenden Erwerbszweiges festgestellt werden kann (Art. 33 Ziff. 4 aStV).

a) Wenn Art. 86 Abs. 1 Satz 1 aStG bestimmt, dass eine Ermessensveranlagung vorzunehmen sei, *soweit* eine ziffernmässige Veranlagung nicht möglich ist, so impliziert dieser Wortlaut *e contrario*, dass soweit möglich auf vorhandene Unterlagen und mithin auch auf eine in Teilen ordnungsgemässe Buchhaltung abzustellen ist, wenn die betreffenden Teile die Einkommens- oder Vermögensverhältnisse korrekt wiedergeben. Dies entspricht gefestigter Rechtsprechung (vgl. AR GVP 4/1992, Nr. 2106, E.3), und von einem verpönten Methoden dualismus kann aufgrund dieser formell-gesetzlichen Grundlage keine Rede sein. Soweit die Vorinstanz im Rahmen der Ermessensveranlagung auf die nicht als ordnungswidrig gerügten Teile der Buchhaltung

abgestellt hat und einzig im Geschäftsbereich eine ermessensweise Aufrechnung vorgenommen hat, ist dies nicht zu beanstanden.

b) Die Vorinstanz hat in ihrer Korrekturbemerkung zu Ziff. 2.1 der Veranlagungsverfügung vom 7. Februar 2001 die streitige Aufrechnung wie folgt begründet: "Aufrechnung fehlender Umsatz aufgrund Vermögensentwicklung, tiefem Bruttogewinn-I und nicht nachgewiesener Kassa- und Bankeinlagen." Damit liess die Veranlagung klar erkennen, dass bezüglich der selbständigen Erwerbstätigkeit ermessensweise eine Aufrechnung vorgenommen wurde. Darüber konnte die Pflichtige in Anbetracht von Art. 33 Ziff. 3 und 4 aStV nicht im Unklaren sein, sieht diese Bestimmung doch ausdrücklich eine Ermessensveranlagung vor, wenn nicht erklärbare Differenzen zwischen Aufwand und ausgewiesenem Ertrag oder Differenzen zu branchenüblichen Bruttogewinnen festgestellt werden. Dass bei der Aufrechnung namentlich auf diese beiden Ermessenstatbestände abgestellt wurde, genügt an sich bereits, um die Vornahme der Ermessensveranlagung zu begründen. Die Vorinstanz hat zu Recht geltend gemacht, dass in Fällen, da dem Steuerpflichtigen keine Verletzung von Verfahrenspflichten zur Last gelegt werden kann, eine nicht zu beseitigende Ungewissheit im Sachverhalt *andere* Gründe hat, welche ebenfalls zur Vornahme einer Ermessensveranlagung berechtigen. Solche Gründe können namentlich darin bestehen, dass das deklarierte und belegte Steuereinkommen in nicht erklärbarer Weise niedriger ist als der Aufwand der daraus lebenden Personen (vgl. auch *Zweifel* in *Zweifel/Athanas* [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2b, N. 42 zu Art. 130 DBG). Daran vermag selbst eine formell ordnungsgemässe Buchhaltung nichts zu ändern. Denn eine solche lässt zwar die natürliche Vermutung entstehen, diese sei auch materiell richtig. Diese natürliche Vermutung kann jedoch durch direkten Beweis der materiellen Unrichtigkeit der Geschäftsbücher oder durch Nachweis von Tatsachen, welche diese Unrichtigkeit vermuten lassen, umgestossen werden. So darf die materielle Unrichtigkeit einer formell ordnungsgemäss geführten Buchhaltung namentlich dann vermutet werden, wenn sich ein offensichtlicher Widerspruch zwischen dem in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Bruttogewinn und den entsprechenden, für gleichartige Betriebe nach anerkannten statistischen Grundsätzen erhobenen Erfahrungszahlen ergibt. Diese Vermutung kann zwar durch die Klärung eines solchen Widerspruches entkräftet werden (vgl. StE 1989, B93.5, Nr. 15, E. 3.a, mit Hin-

weis auf *Reimann/Zuppinger/Schärfer*, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz), aber diesfalls hat der Steuerpflichtige diese Klärung darzutun. Dass im vorliegenden Fall ohne Aufrechnung der streitigen Fr. 20'000.-- die bei Coiffeurbetrieben übliche Marge von 90% unterschritten würde (...) hat die kantonale Steuerverwaltung durch ihre Berechnungen im angefochtenen Entscheid überzeugend dargetan. Weil das Bestehen einer unüblich tiefen Bruttorendite auch beschwerdeweise nicht substantiiert bestritten oder gar widerlegt worden ist, steht die materielle Unrichtigkeit der Buchhaltung hinsichtlich der Geschäftstätigkeit zumindest vermutungsweise fest. Dies bestätigt der weitere Umstand, dass die Vorinstanz auch gestützt auf die Akten aus der Domizilrevision davon ausgehen durfte, dass vom festgestellten Vermögensvorschlag sich pro Jahr rund Fr. 20'000.-- weder mit den verbuchten Vermögens- und Mieterträgen noch sonst mit steuerfreien Erträgen erklären lassen. Dass die Buchhaltung im Betrag von jährlich rund Fr. 20'000.-- die geschäftlichen Einkünfte materiell nicht richtig wiedergibt, vermochte die Beschwerdeführerin auch mit ihrem Hinweis, dass es durchaus möglich sei, dass die Vermögenszunahme aus steuerfreien Vermögenszuflüssen stamme, nicht zu entkräften. Dass in gewissem Umfang auch Gutschriften von Lieferanten (Umsatzboni) und Rückerstattungen der AHV Privatkonten gutgeschrieben wurden, hat die Vorinstanz aktenmässig zu belegen vermocht, so dass auch diesbezüglich keinesfalls von einer blossen Unterstellung gesprochen werden kann. Schon aus diesen Gründen durfte die Vorinstanz im Umfang von rund Fr. 20'000.-- von der materiellen Unrichtigkeit des geschäftlichen Teils der Buchhaltung ausgehen.

c) Dass darüber hinaus auch aus dem Fehlen eines Kassabuches auf eine formell und materiell unrichtige Buchhaltung geschlossen wurde, ist ebensowenig zu beanstanden. Daran ändert nichts, dass auf das Fehlen eines Kassabuches nicht schon anlässlich der Domizilrevision, sondern erst im Einspracheentscheid ausdrücklich hingewiesen worden sein soll. Denn die Beschwerdeführerin behauptet auch beschwerdeweise nicht, sie habe zeitnah ein solches Kassabuch geführt; sie hat dem Gericht denn auch kein solches vorgelegt. Sie bestritt einzig die Notwendigkeit des Kassabuches mit dem Hinweis, sie verfüge über eine Registrierkasse und die Überträge in die doppelte Buchhaltung seien lückenlos erfolgt. Dem hielt die Vorinstanz zu Recht entgegen, dass es sich bei einem Coiffeursaloon um einen bargeldintensiven Betrieb handelt. Nach der Rechtsprechung kann in

solchen Betrieben eine Registrierkasse zwar die Erfassung des Bargeldverkehrs erleichtern, aber eine solche genügt allein nicht. Die Kassastreifen sind als Hilfsbücher zu betrachten, deren Ergebnis (wie jene anderer Vorjournale) zeitnah in ein Kassabuch zu übertragen sind, und zwar selbst dann, wenn ein Selbständigerwerbender nach Obligationenrecht nicht zur Buchführung verpflichtet ist. Die Kontrollierbarkeit der Aufzeichnungen ist einzig gewährleistet, wenn periodisch Saldierungen des Bargeldverkehrs stattfinden, d.h. wenn der aufgezeichnete Kassastand periodisch anhand des tatsächlichen Kassastandes (Kassensturz) überprüft wird. Bei bargeldintensivem Geschäftsverkehr ist dabei täglich, allenfalls wöchentlich oder wenigstens monatlich eine Saldierung erforderlich (vgl. StE 1995, B 92.3, Nr. 7). Einzig eine derart lückenlose Erfassung des Bargeldverkehrs gewährleistet in solchen Betrieben zusammen mit einem Abschluss samt Inventar, dass die Bilanz und die Erfolgsrechnung den Erfolg zutreffend wiedergeben. Fehlt ein solches Kassabuch, lassen sich die entsprechenden Zahlen nachträglich nicht mehr genau ermitteln und dies hat die Vermutung der Unrichtigkeit der Buchhaltung zur Folge. Das heisst, es verbleibt eine nicht zu beseitigende Ungewissheit über die Höhe von Ertrag und Aufwand (vgl. StE 1989, B 93.5, Nr. 15 und AR GVP 5/1993, Nr. 2123). Dass die Überträge von der Registrierkasse in die Buchhaltung, wie behauptet, lückenlos erfolgt sein sollen, kann die Beschwerdeführerin ohne Kassabuch nicht mehr beweisen. Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, die Buchhaltung sei hinsichtlich der Geschäftstätigkeit auch formell nicht ordnungsgemäss geführt worden. Die streitige Aufrechnung ist auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

d) Damit steht zusammenfassend fest, dass die ermessensweise Aufrechnung des im Umfang von rund Fr. 20'000.-- nicht erklärbaren Vermögensvorschlages aufgrund formeller und materieller Mängel der Buchhaltung angezeigt und zulässig war. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

VGer 23.1.2002

2217

Krankenversicherung. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung ist für im Ausland erbrachte Krankenpflege nur leistungspflichtig, wenn entweder ein Notfall vorliegt oder die Leistung in der Schweiz nicht erbracht werden kann. Dass eine Behandlung (Katheterablation des Vorhofflatterns) in Deutschland gewisse technische Vorteile aufwies, ändert nichts daran, dass dieser Eingriff auch in der Schweiz in medizinisch verantwortbarer und der Versicherten zumutbarer Weise hätte durchgeführt werden können.

Aus den Erwägungen:

2. Grundsätzlich übernimmt die Krankenkasse die Kosten nur für Leistungen, die in der Schweiz erbracht worden sind. Gemäss Art. 34 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) kann der Bundesrat Ausnahmen vorsehen, wenn medizinisch notwendige Behandlungen im Ausland durchgeführt werden müssen. Die Übernahme der Kosten kann begrenzt werden. Solche Ausnahmeleistungen sind noch keine festgelegt worden (Art. 36 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung, KVV; SR 832.102). Art. 36 Abs. 1 KVV soll jedoch Auslandsleistungen zulassen, wenn diese für die medizinische Grundversorgung notwendig und in der Schweiz keine Behandlungsmöglichkeiten vorhanden sind (*Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in *Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli* [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Basel 1998, Rz. 180). Zudem übernimmt die obligatorische Krankenversicherung die Kosten von Behandlungen, die bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt in Notfällen erbracht werden (Art. 36 Abs. 2 KVV).

3. Im vorliegenden Fall ist demnach zu prüfen, ob mindestens eine der beiden Voraussetzungen für die Übernahme der im Ausland entstandenen Behandlungskosten gegeben ist. Die Frage, ob der Eingriff (Katheterablation des Vorhofflatterns) in der Schweiz möglich sei, wurde vom Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV) in Lausanne sowie von Dr. med. H. bejaht. Vor Schranken räumte der Vertreter der Beschwerdeführerin ein, dass der Eingriff in Zürich, Lausanne oder Aarau möglich gewesen wäre. Dr. med. F. vom CHUV hielt in seinem Schreiben fest, der Eingriff in Hamburg habe „avec les techniques les plus sophistiquées“ durchgeführt werden können. Es

ist aber nicht der Sinn von Art. 36 Abs. 1 UVV, die Kosten für modernste Medizin im Ausland zu übernehmen, wenn der Eingriff in der Schweiz, allerdings bei Anwendung einer weniger modernen Methode, möglich wäre. Wenn die Beschwerdeführerin den nach ihren Aussagen weniger belastenden Eingriff in Hamburg demjenigen in Lausanne vorgezogen hat, ist dies nachvollziehbar und verständlich, es begründet jedoch keine Pflicht des Krankenversicherers zur Kostenübernahme. Das Krankenversicherungsgesetz gewährt keinen Anspruch auf maximale Medizin.

Die Beschwerdeführerin machte zudem geltend, beim Eingriff in Hamburg habe es sich um einen Notfall gehandelt. Aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin kann davon ausgegangen werden, dass sie sich nicht zur Durchführung des Eingriffs nach Hamburg begeben hat, sondern dass dieser anlässlich ihres Aufenthaltes dort ausgeführt wurde. Dass der Eingriff habe notfallmässig ausgeführt werden müssen, begründete die Beschwerdeführerin mit der Aussage des operierenden Arztes, er erachte eine Rückreise in die Schweiz als unverantwortbar. In den Akten findet sich jedoch keine Bestätigung dieser Aussage von ärztlicher Seite. Gegen die Annahme eines Notfalls spricht zudem der Umstand, dass der Eingriff in Lausanne bereits auf den 14./15. Januar 1999 geplant war, dieser Termin aber von der Beschwerdeführerin selbst sistiert wurde. Wenn sie eineinhalb Monate später ins Ausland reiste und anlässlich dieses Auslandsaufenthaltes den Eingriff vornehmen liess, so kann unter diesen Umständen kein Notfall begründet werden. Der Beweis ist nicht erbracht, dass während des Auslandsaufenthaltes plötzlich und unerwartet eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes eingetreten sei, welcher eine Rückreise verunmöglicht und eine sofortige Operation notwendig gemacht hätte. Nur unter diesen Umständen hätte ein Notfall vorgelegen.

VGer 21.11.2001

Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hat mit Urteil vom 12. Juni 2002 bestätigt, dass die betreffende Behandlung in der Schweiz in medizinisch verantwortbarer und zumutbarer Weise hätte durchgeführt werden können. Aufgrund der Aktenlage, wie sie sich dem kantonalen Gericht darbot, hielt auch das EVG einen Notfall für nicht ausgewiesen. Aufgrund eines erst letztinstanzlich beigebrachten ärztlichen Attestes hat das EVG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde

jedoch in dem Sinne gutheissen, als es einen Notfall für denkbar hielt, weil sich die Beschwerdeführerin [in Hamburg] bei Prof. Dr. med. K. zur Abklärung einfand und dieser bei seiner am 27. Februar 1999 durchgeführten Untersuchung gesundheitliche Probleme erhob, "welche, medizinisch gesehen, eine umgehende Durchführung des Eingriffes erzwangen. Die erst im letztinstanzlichen Verfahren beigebrachte Bestätigung wäre daher geeignet, einen Notfall unter der Voraussetzung auszuweisen, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt ihrer Vorsprache bei Prof. K. schwerwiegendere Befunde aufgewiesen hätte als in den Monaten zuvor, da der Befund eines Vorhofflatterns mit Gefahr einer 1:1-Überleitung gemäss den verschiedenen in den Akten liegenden Berichten und Zeugnissen zur Jahreswende 1998/99 ebenfalls schon erhoben worden war." Weil die Akten über diesen für die Annahme eines Notfalles entscheidenden Gesichtspunkt keinen Aufschluss gaben, wies das EVG die Sache zur diesbezüglichen Abklärung an den Krankenversicherer zurück.

2218

Invalidenversicherung. Folgen einer von der Versicherten schuldhaft verweigerten ärztlichen Begutachtung.

Aus den Erwägungen:

2. Die Invalidenversicherung (IV) hat für die Abklärung der Verhältnisse gemäss Art. 69 Abs. 2 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) die notwendigen Berichte, Auskünfte und Gutachten einzuholen. Verweigern Versicherte schuldhaft eine solche Begutachtung, so kann die IV-Stelle, unter Ansetzung einer angemessenen Frist und Darlegung der Säumnisfolgen, aufgrund der Akten beschliessen (Art. 73 IVV).

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die von der IV-Stelle geforderte otologische und neurootologische Begutachtung im Universitätsspital Zürich schuldhaft verweigert hat. Zur gleichen Thematik liegen zwei Untersuchungen vor: die neuropsychologische Untersuchung durch lic. phil. H. vom neuropsychologischen Institut, Zürich, vom 12. Juli 2000 und der audio-neurootologische Bericht von Dr. med. M., St. Gallen, vom 23. September 2000. In beiden Berichten werden keine Angaben zur medizinisch-theoretischen Arbeits-

unfähigkeit gemacht. Nachdem die Beschwerdeführerin zur neuropsychologischen sowie zur ORL-Untersuchung am Kantonsspital nicht erschienen ist, wurde sie auf Anraten von Dr. med. C., MEDAS, und von Dr. med. H. vom regionalen ärztlichen Dienst der IV zum Untersuchung an der ORL-Klinik des Universitätsspitals Zürich angemeldet. Die IV-Stelle ist damit ihrer Aufgabe, die medizinische Situation und deren Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit umfassend abzuklären, nachgekommen. Die Beschwerdeführerin widersetzte sich diesen Untersuchungen, obwohl die IV-Stelle deren Notwendigkeit gründlich abgeklärt hatte. Nachdem die IV-Stelle am 4. Juli 2001 die Abweisung des Leistungsbegehrens verfügt hatte, reichte die Beschwerdeführerin ein Schreiben von Dr. med. M. vom 6. Juli 2001 ein. Darin schätzte er die zumutbare Arbeitsfähigkeit im Moment auf 50 - 60%, ohne diese Einschätzung näher zu begründen. Auf diese Angaben konnte und durfte sich die IV-Stelle bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nicht abstützen; die Notwendigkeit weiterer medizinischer Abklärungen war weiterhin gegeben. Von der Zumutbarkeit der an der ORL-Klinik des Universitätsspitals Zürich angewandten Untersuchungsmethoden darf entgegen den Vorbehalten der Beschwerdeführerin ausgegangen werden, zumal die kritisierten Schwindel-Untersuchungen bei HWS-Patienten gerade nicht zur Anwendung gelangen (Schreiben von PD Dr. med. S., Neurologische Klinik des Unispitals ZH). Da sowohl die Notwendigkeit als auch die Zumutbarkeit der verweigerten Untersuchungen zu bejahen ist, hat die Beschwerdeführerin deren Durchführung schuldhaft verweigert.

3. Gleichzeitig zu den Abklärungen der IV-Stelle wurde ein Einsprache-Verfahren der SUVA mit verschiedenen medizinischen Abklärungen durchgeführt. Für die Zeit dieser Abklärungen, die noch nicht abgeschlossen sind, richtete die SUVA Taggelder basierend auf einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit aus. Es stellt sich die Frage, ob die Invalidenversicherung an diese Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch die SUVA gebunden ist. Gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (BGE 119 V 468) hat die SUVA bei der Feststellung der Invalidität keinen Vorrang mehr vor der Invalidenversicherung. Das heisst, dass die IV-Stelle - unabhängig von der Unfallversicherung - einen Rentenentscheid zu treffen hat, sobald er materiell entscheidungsreif ist. Dieses Vorgehen, welches der frühere Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zu Beginn der medizinischen Abklärungen noch selbst gefordert hatte, hat die IV-Stelle zu Recht

gewählt. Der Umstand, dass im Verlauf der Abklärungen die SUVA die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin für diese vorteilhafter beurteilt, gibt der Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf, dass die Invalidenversicherung für ihr Verfahren auf die Grundlagen der SUVA abstellt und mit dem Erlass der Verfügung zuwartet. Die IV-Stelle war demnach befugt, aufgrund der eigenen medizinischen Abklärungen zu entscheiden.

4. Da die Beschwerdeführerin ihre Mitwirkungspflicht schuldhaft verweigert hat, konnte die IV-Stelle aufgrund der Akten entscheiden. Voraussetzung war gemäss Art. 73 IVV, dass die Beschwerdeführerin auf die Säumnisfolgen hingewiesen und ihr eine angemessene Frist eingeräumt worden war. Mit Schreiben vom 29. März 2001 hat die IV-Stelle die Beschwerdeführerin auf die Säumnisfolgen hingewiesen.

Der Entscheid der IV-Stelle, wonach kein Anspruch auf eine IV-Rente bestehe, stützt sich auf das MEDAS-Gutachten vom 14. November 2000, in welchem als Diagnose Probleme der Krankheitsbewältigung bei einem chronifizierten Schmerzsyndrom gestellt und die Arbeitsfähigkeit als nicht objektivierbar eingeschränkt beurteilt wurde. Lediglich Tätigkeiten, bei denen schwereres Heben oder längerfristiges Verharren in einer Körperposition erforderlich wären, seien zu meiden. Aufgrund der 100%-igen Arbeitsfähigkeit besteht kein Anspruch auf eine IV-Rente. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

VGer 22.5.2002

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG) am 25. März 2003 abgewiesen worden. Laut EVG darf das kantonale Sozialversicherungsgericht zwar auch im Bereich der Invalidenversicherung nicht ohne weiteres auf die unvollständigen Akten abstellen. Es habe grundsätzlich die für den Entscheid wesentlichen Tatsachen festzustellen und die notwendigen Beweise zu erheben. Es sei indessen nicht Sache des kantonalen Gerichts, ein Gutachten nochmals anzuordnen, wenn die versicherte Person die Mitwirkung daran im Verwaltungsverfahren ohne stichhaltige Gründe verweigert habe und auch im Beschwerdeverfahren in keiner Weise zu erkennen gebe, dass sie nunmehr bereit wäre, sich der vorgesehenen Abklärung zu unterziehen. Diesfalls könne sich das kantonale Gericht darauf beschränken zu überprüfen, ob die angefochtene Verfügung aufgrund der vorhan-

denen Akten korrekt gewesen sei. Desgleichen gelte für das Verfahren vor dem EVG.

2219

Öffentliches Personalrecht. Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung. Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung.

Ein Spitalangestellter wurde mit Urteil vom 3. Dezember 1999 erstinstanzlich zu 14 Monaten Gefängnis bedingt verurteilt, und zwar wegen mehrfacher Schändung einer behinderten Patientin, begangen an einer früheren Arbeitsstelle. Anfang Dezember 1999 erhielt der neue Arbeitgeber erstmals Kenntnis vom hängigen Strafverfahren und veranlasste am 17. Dezember 1999 ein Gespräch mit dem Angestellten. Mit Schreiben vom 31. März 2000 wurde dem Angestellten unter Bezugnahme auf diese Besprechung mitgeteilt, dass man von der noch nicht rechtskräftigen Verurteilung schockiert sei. Von einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses werde jedoch abgesehen, weil die Arbeit und das Verhalten des Angeschuldigten im Spital H. zu keinerlei Beanstandungen Anlass gebe. Obwohl das Spital damit ein Risiko für seinen guten Ruf auf sich nehme, sei man bereit, ihm damit Gelegenheit zur Bewährung einzuräumen. Bereits die geringste Verfehlung in Richtung der bestehenden Anschuldigungen werde jedoch zu einer fristlosen Entlassung führen. Ferner werde auf die Angelegenheit zurückgekommen, wenn das angefochtene Strafurteil von der nächsthöheren Instanz bestätigt werde. Mit Urteil vom 26. September 2000 wurde das Strafurteil bestätigt. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2000 wurde der verurteilte Angestellte von der Spitalleitung mit sofortiger Wirkung von seiner Arbeit freigestellt. Zur gleichzeitig in Aussicht gestellten sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses wurde dem Angestellten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Dieser liess beantragen, es sei von der Auflösung des Arbeitsverhältnisses abzu-sehen. Er bestritt einen Vertrauensbruch bzw. die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit der Begründung, er sei anlässlich seiner Stellenbewerbung nicht verpflichtet gewesen, auf das damals gegen ihn laufende Strafverfahren hinzuweisen. Im übrigen sei das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. März 2000 in

Kenntnis der strafrechtlichen Vorwürfe, aber aufgrund seines im Spital H. untadeligen Verhaltens fortgesetzt worden. Daran habe sich seither nichts geändert. Mit Verfügung vom 20. November 2000 löste die Spitalleitung das Arbeitsverhältnis mit der Begründung fristlos auf, dass nach der Bestätigung des erstinstanzlichen Schuldspruches die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sei. Der dagegen erhobene Rekurs wurde von der Gesundheitsdirektion i.V. abgewiesen. In seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde anerkannte der Angestellte, dass das zweitinstanzliche Strafurteil rechtskräftig sei und dass schon die Vorinstanz nicht mehr an die Unschuldsvermutung gebunden gewesen sei. Weil das Angestelltenverhältnis auf dem Hintergrund des erstinstanzlichen Schuldspruches als Chance zur Bewährung weitergeführt wurde, sei es widersprüchlich und willkürlich, wenn nun nach der zweitinstanzlichen Verurteilung dessen Weiterführung per sofort als unzumutbar deklariert werde.

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwGerG; bGS 143.6) zur Behandlung der Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid der Gesundheitsdirektion i.V. zuständig ist. (...) Angefochten ist ein Rekursentscheid betreffend eine fristlos verfügte Kündigung, mit der naturgemäss auch die Einstellung der Lohnzahlung verbunden wurde. Soweit der Beschwerdeführer über den ordentlichen Kündigungstermin hinaus (28. Februar 2001) eine "Gehaltszahlung" für die Dauer des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens beantragt, haben die Vorinstanzen darüber nicht verfügungsweise entschieden. Dieses Teilbegehren liegt ausserhalb des Anfechtungsobjektes, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Dies auch deshalb, weil vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur zwischen Privaten einerseits und öffentlichen Körperschaften andererseits grundsätzlich im Klageverfahren geltend zu machen sind (Art. 13 Abs. 1 lit. b VwGerG).

2. Nach Art. 36 der kantonsrätlichen Angestelltenverordnung (AVO; bGS 142.211) kann das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis gegenseitig durch (ordentliche) Kündigung aufgelöst werden (Abs. 1). Beim überjährigen Arbeitsverhältnis beträgt die Kündigungsfrist drei Monate (Abs. 2 lit. c). Die ordentliche Kündigung ist auf Mo-

natsende auszusprechen (Abs. 4). Einem Rechtsmittel gegen eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Nach Art. 38 Abs. 1 AVO können die kantonalen Angestellten und die Wahlbehörde das Anstellungsverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 1). Die fristlose Auflösung ist schriftlich zu begründen, wenn die andere Vertragspartei dies verlangt (Abs. 3). Das Recht auf Anhörung ist gewährleistet. Nach Art. 1 AVO gelten diese Kündigungsbestimmungen für alle kantonalen Angestellten, wobei der Regierungsrat durch Abs. 2 dieser Bestimmung und Art. 5 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die öffentliche Krankenpflege (bGS 812.11) ermächtigt ist, ergänzende Bestimmungen zu erlassen. In diesem Sinn bestimmt die regierungsrätliche Dienst- und Besoldungsverordnung der kantonalen Spitäler (Spital-DBO; bGS 812.111.1) folgendes: Nach Art. 28 muss die ordentliche Kündigung schriftlich erfolgen und spätestens am letzten Werktag des Monats in den Händen der Gegenpartei sein. Sodann werden für Kündigungsbeschränkungen (Kündigung zur Unzeit, missbräuchliche Kündigungsgründe etc.) durch Art. 29 Spital-DBO die Bestimmungen des Obligationenrechts als anwendbar erklärt. Mit diesem Verweis werden die betreffenden OR-Bestimmungen zum Bestandteil des kantonalen öffentlichen Rechts erhoben (vgl. dazu *Hans-Jakob Mosimann, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand*, ZBl 99/1998, S. 449 ff./457). Soweit der Verweis in Art. 29 der Spital-DBO den Bereich der fristlosen Kündigung nicht ohnehin mitumfasst, muss den entsprechenden Bestimmungen des OR bei einer allfälligen Lückenfüllung wegleitende Bedeutung zugemessen werden. Dazu kommt, dass die Bestimmungen in Art. 38 Abs. 1-3 AVO zur fristlosen Auflösung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses praktisch wörtlich aus Art. 337 Abs. 1 und 2 OR übernommen wurden. Bei einer solchen gesetzgeberischen Ausgangslage rechtfertigt sich, dass im folgenden auch bei der Auslegung von Art. 38 AVO wesentlich auf die zu Art. 337 OR entwickelte zivilrechtliche Rechtsprechung abgestellt wird. Dies rechtfertigt sich nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes auch insofern, als dem Staat als Arbeitgeber kaum weniger Kündigungsschutz abverlangt werden kann als das, was der Staat allen privaten Arbeitgebern mit dem sog. OR-Minimum auferlegt

(AR GVP 13/2001, Nr. 2204, Erw. b. mit Hinweis). Zu prüfen ist zunächst, ob für die *fristlose* Entlassung des Beschwerdeführers ein wichtiger Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 2 AVO bzw. Art. 337 Abs. 2 OR gegeben war oder nicht.

a) Als wichtige Gründe gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 337 OR Tatsachen, die geeignet sind, das Vertrauen zu zerstören, das die Arbeitsverhältnisse im Wesentlichen voraussetzen, oder die das Vertrauen derart erschüttern, dass die Fortsetzung der Vertragsbeziehungen von demjenigen nicht mehr verlangt werden kann, der gekündigt hat (Pra 1999, Nr. 36, E. 2.a). Dabei wird insbesondere bei der sog. Verdachtskündigung nicht die Schwere der Verfehlung, sondern das zwar objektiv nachvollziehbare, aber letztlich subjektiv zerstörte Vertrauensverhältnis als causa der Kündigung betrachtet. Nicht wegen des Verdachts, sondern aufgrund verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls kann die fristlose Entlassung ausgesprochen werden (vgl. *Marco Vitali*, Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 ff. OR, ArbR 2000, S. 101 f., auch zum Folgenden). Dabei trägt der Kündigende die Beweislast. Diese beschränkt sich jedoch auf den Nachweis eines wichtigen Grundes und mithin einer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und umfasst nicht den Nachweis der schweren Verfehlung. Die Rechtsprechung verlangt nicht nur bei der Verdachts-, sondern auch bei jeder Tat Kündigung, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Verzug nach Bekanntwerden der als wichtige Gründe in Betracht fallenden Umstände ausgesprochen werden muss; denn längeres Zuwarten zeigt, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht unzumutbar ist (JAR 1981, S. 63 f.). Zumindest muss ein längeres Zuwarten mit vernünftiger Überlegung begründbar sein, damit die Verwirklichung nicht eintritt (JAR 1990, S. 272 ff., auch zum Folgenden). Ausgehend vom Regelfall, wonach die fristlose Entlassung innert weniger Tage nach Kenntnis des wichtigen Grundes zu erfolgen hat, wird nach dieser Rechtsprechung bei Vorliegen besonderer Umstände eine fristlose Kündigung innerhalb einer Woche noch als zulässig erachtet. Namentlich bei einer Verdachtskündigung wird ein längeres Zuwarten dann noch als zulässig betrachtet, wenn der Arbeitgeber seine verzögerte Reaktion mit konkreten Abklärungsbemühungen und -ergebnissen zu begründen vermag oder wenn er dem Arbeitnehmer erkennbar Gelegenheit geben wollte, sich zu bewähren. Dies ist nicht

der Fall, wenn ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dem gleichen Kenntnisstand erst drei Wochen später entlässt.

b) Der Beschwerdeführer hat zu Recht anerkannt, dass schon die Vorinstanz aufgrund seines Verzichts auf Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr an die Unschuldsvermutung gebunden war und dass das Schreiben vom 31. März 2000 einen Rückkommensvorbehalt für den Fall auch eines zweitinstanzlichen Schuldspruches enthalten hat. Daraus ergibt sich, dass es sich bei der Kündigung vom 20. November 2000 nicht mehr um eine reine Verdachts-, sondern weitgehend schon um eine Tatkündigung gehandelt hat.

Der Beschwerdeführer hält der *fristlosen* Kündigung entgegen, dass bei den Spitalorganen die Schockwirkung anlässlich der Kenntnisnahme vom Strafverfahren schon durch das Gespräch am 17. Dezember 1999 wesentlich gemildert worden sei. Dies zeige sich auch darin, dass die Spitalleitung mit ihrem Schreiben vom 31. März 2000 dann noch über drei Monate zugewartet habe. Dieses Schreiben habe die Warnung enthalten, dass die geringste Verfehlung in Richtung des erstinstanzlichen Schuldspruches zu seiner fristlosen Entlassung führen werde. Seither habe er sich keine derartige Verfehlung mehr zu Schulden kommen lassen. Weil das Arbeitsverhältnis in Kenntnis des erstinstanzlichen Schuldspruches weitergeführt wurde, sei ihm eine Chance zur Bewährung eingeräumt worden, weshalb es widersprüchlich und willkürlich sei, wenn nun nach der zweitinstanzlichen Verurteilung die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses per sofort als unzumutbar erklärt wurde. Dieser in tatsächlicher Hinsicht nicht bestrittenen Rüge hielt die Vorinstanz einzig entgegen, dass der Beschwerdeführer sich seinerseits widersprüchlich verhalte, weil er sich immer wieder auf die Unschuldsvermutung berufen habe und nun der Spitalleitung vorwerfe, dass diese in Kenntnis des erstinstanzlichen Urteils das Arbeitsverhältnis trotzdem weitergeführt habe. Damit verkennt die Vorinstanz die Tragweite dieser Rüge. Zunächst ist es in der Tat so, dass die Spitalleitung in Kenntnis nicht bloss eines noch ungeklärten Verdachts, sondern in Kenntnis eines erstinstanzlichen Gerichtsurteils, mit dem der Beschwerdeführer der mehrfachen Schändung schuldig gesprochen wurde, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zunächst während dreier Monate stillschweigend und danach mit Schreiben vom 31. März 2000 ausdrücklich und wenigstens bis zum Vorliegen auch eines zweitinstanzlichen Schuldspruches als zumutbar gebilligt hat. Die Spitalleitung hat damit zweifellos zu erkennen gege-

ben, dass sie trotz des erstinstanzlichen Schuldspruches wegen eines bei einem anderen Arbeitgeber begangenen Deliktes noch hinreichend Vertrauen in den Beschwerdeführer hegt und bereit ist, ihm zumindest eine Bewährungschance einzuräumen. Den Vorbehalt, dass die geringste Verfehlung in Richtung der bestehenden Anschuldigungen zu einer fristlosen Entlassung führen werde, durfte der Beschwerdeführer dem klaren Wortlaut nach dahingehend verstehen, dass einzig eine weitere Verfehlung seinerseits eine fristlose Kündigung zur Folge haben werde. E contrario durfte und musste er aber in Verbindung mit der vorbehaltenen zweitinstanzlichen Verurteilung davon ausgehen, dass ein zweitinstanzlicher Schuldspruch zwar keine fristlose, aber immerhin eine ordentliche Kündigung zur Folge haben könnte. Weil der Beschwerdeführer bis zur fristlosen Kündigung (und bis heute) unbestrittenermassen keine weiteren Verfehlungen dieser Art begangen hat, steht fest, dass er die ihm eingeräumte Bewährungschance genutzt hat und dass die Spitalleitung jedenfalls das Recht zu einer fristlosen Kündigung nach Treu und Glauben verwirkt hat. Dies ändert aber nichts daran, dass die Spitalleitung aufgrund ihres zweiten Vorbehaltes auch nach Treu und Glauben berechtigt blieb, nach erfolgter Bestätigung des Schuldspruches eine ordentliche Kündigung zu verfügen.

c) Die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung sind weder in Art. 38 AVO noch in Art. 28 ff. der Spital-DBO geregelt. Dabei handelt es sich um eine echte Lücke, die zwingend durch analoge Anwendung von Bestimmungen zu schliessen ist, die das öffentliche Recht oder subsidiär das Privatrecht für verwandte Fälle aufgestellt hat. Da das kantonale öffentliche Personalrecht auch anderswo dazu nichts bestimmt und in Art. 29 der Spital-DBO für Kündigungsbeschränkungen auf die Bestimmungen des OR verwiesen wird, rechtfertigt sich, lückenfüllend auf Art. 337c Abs. 1 OR abzustellen. Demnach hat der Arbeitnehmer bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung Anspruch auf Ersatz dessen, was er im Fall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist verdient hätte. Entsprechend rechtfertigt sich vorliegend, die ungerechtfertigt ausgesprochene fristlose Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten, sofern dafür die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind.

3. Die *ordentliche* Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist weder nach Art. 36 AVO noch nach Art. 28 der Spital-

DBO an besondere Voraussetzungen gebunden. Immerhin muss jede Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses sachlich begründet sein (AR GVP 1988, Nr. 1024). Es genügt, dass sich die Kündigung im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens hält und angesichts der Leistungen und des Verhaltens des Angestellten sowie der personellen und betrieblichen Gegebenheiten als vertretbare Massnahme erscheint. Nur sachlich nicht haltbare, willkürliche Kündigungen seitens der Verwaltung sind im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren aufzuheben (BGE 108 Ib 210). Im Unterschied zur fristlosen Kündigung sind keine besonders qualifizierten, sondern lediglich sachlich zutreffende Gründe erforderlich, um die ordentliche Kündigung auszusprechen (SGGVP 1995, Nr. 3). Die in der Person des Angestellten liegenden Gründe können, müssen aber nicht so schwerwiegend sein, dass sie Anlass zu einer Disziplinar-massnahme geben könnten; insbesondere ist der Nachweis von eingetretenen oder zu befürchtenden erheblichen Verletzungen der Dienstpflicht oder eines Verschuldens des Angestellten nicht erforderlich. Es genügen auch objektive Gründe, wie etwa gesundheitliche Probleme, fachliches Ungenügen, charakterliche Mängel sowie private Probleme oder Verhaltensweisen, welche die Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigen (ZBI 97/1996, S. 325, mit Hinweis auf *Tobias Jaag*, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich, ZBI 95/1994, S. 433 ff.). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer wegen mehrfacher Schändung einer ihm anvertrauten Patientin zu 14 Monaten Gefängnis bedingt verurteilt (vgl. Strafurteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 26.9.2000, auch zum Folgenden). Auch wenn der Beschwerdeführer seine der Patientin ohne deren Einwilligung aufgezwungenen sexuellen Handlungen nicht im Spital H., sondern von 1994-1998 an der vorangegangenen Arbeitsstelle vorgenommen hat, handelt es sich um ein gravierendes Fehlverhalten im Beruf, das geeignet war und ist, aus den im angefochtenen Entscheid einlässlich dargelegten und nicht substantiiert bestrittenen Gründen seine Vertrauenswürdigkeit für eine Pfl egetätigkeit *und* im Rettungsdienst nachhaltig zu beeinträchtigen. Soweit der Beschwerdeführer davon ausgeht, gerade im Rettungsdienst fehle es an spezifischen Möglichkeiten zur Begehung von Sittlichkeitsdelikten, wird übersehen, dass dies durch die extern geringeren Kontrollmöglichkeiten seitens der Vorgesetzten aufgewogen wird, so dass sowohl die Pflege als auch der Rettungsdienst ein spezifisches Vertrauen in die damit

betraute Person voraussetzen. Zwar ist zugunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass er sich bis zum Kündigungszeitpunkt und auch seither nichts mehr dergleichen hat zu Schulden kommen lassen und insofern die ihm gewährte Chance zur Bewährung genutzt hat. Wenn die Vorinstanzen noch dessen ungeachtet einzig in der zweitinstanzlichen Bestätigung des Schuldspruches einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung gesehen haben, so ist dies nun zu korrigieren. Zu diesem Zweck kann die Ermessensbetätigung der Vorinstanzen dahingehend umgedeutet werden, dass sie damit wenigstens das Bestehen eines sachlichen Grundes für eine ordentliche Kündigung bejaht haben. Das mit eingeschränkter Kognition erkennende Gericht kann diesfalls weder eine Überschreitung noch einen Missbrauch des Ermessens erkennen. Denn einer Spitalleitung muss es im Rahmen der ordentlichen Kündigungsfristen möglich sein, die Pflege und den Rettungsdienst im Interesse ihrer Patientinnen einer charakterlich unbescholtenen Person zu übertragen, zumal sie jedenfalls auf Dauer die latente Rückfallgefahr für sexuelle Übergriffe weder in der Pflege noch im externen Rettungsdienst durch Überwachung und Kontrolle in zumutbarer Weise ausschliessen kann. Dass es sich beim Delikt um eine Einmaligkeit handeln soll, ist zwar zu hoffen, aber dafür bietet die noch relativ kurze Zeit der Bewährung keine dauerhafte Gewähr.

Da dem Beschwerdeführer auch nach einer ordentlichen Kündigung namentlich im Pflegebereich Tätigkeiten ohne Berührung mit Patientinnen offenstehen, kommt die Kündigung keinesfalls einem Berufsverbot gleich. Ein Verstoss gegen das Übermassverbot kann nicht festgestellt werden. Die subeventualiter auch vom Beschwerdeführer beantragte ordentliche (statt fristlose) Kündigung ist unter diesen Umständen geeignet und notwendig, um dem nachhaltig beeinträchtigten Vertrauen in den Beschwerdeführer im Interesse der Patientinnen angemessen Rechnung zu tragen. Die ordentliche statt fristlose Kündigung erweist sich als recht- und verhältnismässig, weshalb die vom Beschwerdeführer hauptsächlich beantragte ersatzlose Aufhebung der Kündigung nicht in Frage kommen kann. In bloss teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist das Anstellungsverhältnis per 28. Februar 2001 ordentlich aufzulösen.

4. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der in Art. 36 Abs. 5 AVO bei einer ordentlichen Kündigung zwingend vorgesehene

Entzug der aufschiebenden Wirkung analog auch bei einer fristlosen Kündigung zulässig gewesen wäre. [...]

5. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nicht festgestellt werden. Vorab ist festzustellen, dass schon die Spitalleitung bei der Kündigung wesentlich auf das zuvor über zwei Instanzen geführte Strafverfahren abstellen konnte. Sodann wird vom Beschwerdeführer zwar behauptet, aber nicht bewiesen, dass die Spitalleitung als Kollegialbehörde vom instruierenden Mitglied *nicht* (und zwar auch nicht mündlich) über die Einwände des Beschwerdeführers gegen die Kündigung in Kenntnis gesetzt wurde. Ob ein Recht auf Äusserung vor der ganzen entscheidenden Behörde besteht, kann daher offen bleiben (vgl. *Rhinow/Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 82, B/IVc). Entscheidend ist ohnehin, dass dem Beschwerdeführer vor der mit voller Kognition erkennenden zweiten Instanz (Gesundheitsdirektion i.V) und damit eben noch verwaltungsintern Gelegenheit geboten wurde, zu den Gründen der Kündigung erneut Stellung zu nehmen. Dazu kommt, dass die Gesundheitsdirektion i.V. ihren Entscheid namentlich in Erw. 5 einlässlich und offenkundig nicht bloss mit "Worthülsen", sondern ausdrücklich in Bezug auf den Pflege- und Rettungsdienst begründet hat. Unter diesen Umständen kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedenfalls von einer Heilung allfälliger Gehörsängel ausgegangen werden (vgl. *Rhinow/Krähenmann*, a.a.O., Nr. 87, B/IIIb).

6. Durch die ordentliche statt fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses bleibt der Lohnanspruch des Beschwerdeführers grundsätzlich bis Ende Februar 2001 bestehen. Die Sache ist zur Festlegung und Auszahlung des restlichen Lohnbetrages an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bereits ab 4. Oktober 2000 freigestellt wurde. Soweit der vollamtlich angestellte Beschwerdeführer bis Ende Februar 2001 anderweitig Einkünfte erzielt haben sollte, ist die Vorinstanz nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes berechtigt, diese vom ausstehenden Lohnbetrags in Abzug zu bringen (vgl. AR GVP 13/2001, Nr. 2206, E. 2).

VGer 24.4.2002

2220

Öffentliches Personalrecht. Die Beurteilung einer Forderungsklage eines Angestellten aus Arbeitsvertrag mit einer Landeskirche, auf welche zuvor schon der Zivilrichter zuständigkeitshalber nicht eingetreten ist, fällt auch nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts.

Aus den Erwägungen:

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 13 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwGerG; bGS 143.6) zur Beurteilung von Klagen über vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur zwischen Privaten einerseits und öffentlich-rechtlichen Körperschaften andererseits zuständig ist. Bei der römisch-katholischen Kirche des Kantons Appenzell A.Rh. sowie deren Kirchgemeinden handelt es sich nach Art. 109 Abs. 1 der Kantonsverfassung (KV; bGS 111.1) von Verfassungen wegen um öffentlich-rechtliche Körperschaften. Nach Art. 109 Abs. 2 und 3 KV regeln die kirchlichen Körperschaften jedoch nicht nur ihre inneren Angelegenheiten selbständig, sondern Beschlüsse und Verfügungen kirchlicher Organe können ausdrücklich nicht an staatliche Stellen weitergezogen werden. Mit diesem Abs. 3 hat die am 1. Mai 1996 in Kraft getretene neue Kantonsverfassung die am 1. Januar 1995 in Kraft gesetzte Generalklausel in Art. 9 VwGerG für Streitigkeiten unter Beteiligung landeskirchlicher Organe erheblich eingeschränkt. Demnach können Rekurs- und Beschwerdeentscheide der Organe der beiden Landeskirchen jedenfalls nicht mit Beschwerde nach Art. 9 lit. b VwGerG an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Die von der kirchlichen Rekurskommission in ihrem Entscheid vom 6. November 2001 gegebene Rechtsmittelbelehrung, wonach gegen ihren Rekursentscheid kein ordentliches Rechtsmittel gegeben sei, erweist sich als korrekt. Auf die vom Zivilrichter ans Verwaltungsgericht überwiesene Eingabe des Klägers kann jedenfalls als Beschwerde nicht eingetreten werden. Die römisch-katholische Kirchgemeinde Herisau ist nun jedoch der Auffassung, auf die vor Ausschöpfung des kirchenrechtlichen Rechtsmittelweges beim Zivilrichter (Kantonsgerichts-Präsidium) anhängig gemachte Forderungsklage (welche dieses zuständigkeitshalber ans Verwaltungsgericht überwies und welche zunächst im Einverständnis mit den Parteien sistiert blieb), müsse das

Verwaltungsgericht nun unverändert noch als Klage eintreten. Dies trifft aus verschiedenen Gründen nicht zu. Würde auf die Klage im jetzigen Zeitpunkt noch eingetreten, würde dies zwangsläufig auf eine materielle Überprüfung des Entscheides der Rekurskommission vom 6. November 2001 und damit eines kirchlichen Organs hinauslaufen. Damit würde das Verwaltungsgericht in die den beiden Landeskirchen in Art. 109 Abs. 2 und 3 KV gewährte organisatorische Autonomie eingreifen. Der Rechtsmittelausschluss in Art. 109 Abs. 3 KV muss abweichend vom blossen Wortlaut, aber nach dessen Sinn und Zweck so ausgelegt werden, dass dieser nicht nur das Beschwerdeverfahren nach Art. 9, sondern unter Umständen auch die Klagemöglichkeit nach Art. 13 lit. b VwGerG einschränkt. Die Klage nach dieser Bestimmung ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn kirchenintern eine anfechtbare Verfügung erlangt werden kann und der Betroffene diese kirchenrechtlich bei einer unabhängigen Rechtsmittelinstanz anfechten kann, welche weder in die Verwaltungshierarchie eingebunden ist noch sonst weisungsgebunden handelt, so dass diese den Anforderungen an eine Rechtsmittelinstanz in Art. 6 EMRK genügt (vgl. *Reto Dubach*, Das Dienstverhältnis bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften am Beispiel der Kirchgemeinden im Kanton Schaffhausen, SJZ 91/1995, S. 360; *Felix Hafner*, Grund- und Menschenrechte in der Kirche, AJP 1995, S. 707, sowie AR GVP 12/2000, Nr. 3359, E. 3.a/b, zur Rekursinstanz in der evangelischen Landeskirche). Dass die kantonale Rekurskommission des Verbandes der römisch-katholischen Kirchgemeinden diesen Anforderungen an eine nach Art. 6 EMRK unabhängige Rechtsmittelinstanz nicht genügen soll, haben weder der Kläger noch die Beklagte je behauptet oder dargetan. Weil dafür, soweit ersichtlich, auch keinerlei Indizien sprechen, ist davon auszugehen, dass dem Kläger während der Sistierung seiner Klage kirchenintern nun ausreichend Rechtsschutz gewährt wurde. Unter diesen Umständen besteht jedenfalls im jetzigen Zeitpunkt kein Grund mehr, welcher das Verwaltungsgericht berechtigt oder verpflichtet, auf die Forderungsklage einzutreten.

VGer 24.4.2002

2221**Administrativmassnahmen im Strassenverkehr:** Führerausweisentzug, Verwarnung oder Verzicht auf eine Verwarnung?

Am 25. Juni um 9 Uhr 20 fuhr A. mit seinem Lastwagen in Basel von der Klybeckstrasse her auf die Dreirosenbrücke in Richtung Voltastrasse. Da in gleicher Fahrtrichtung der Verkehr aus dem Horburgtunnel über eine Rampe auf die rechte Brückenfahrbahn geleitet wird, befand er sich auf dem linken Fahrstreifen. Ungefähr 100 m nach dem Zusammenschluss der beiden Fahrbahnen war der linke Fahrstreifen wegen einer Baustelle aufgehoben. Rund 50 m vor dem Spurabbau war diese Situation signalisiert. A. stellte den rechten Blinker und vergewisserte sich durch einen Blick in den rechten Aussenspiegel, dass die Fahrbahn frei war. Als er bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h auf den rechten Fahrstreifen überwechselte, stiess er mit dem rechten Stossbalkenende seines Lastwagens gegen die hintere linke Seite eines Personenwagens. Dieser geriet durch den Aufprall auf die Gegenfahrbahn, wo er mit einem entgegenkommenden Sattelmotorfahrzeug zusammenstiess. A. wurde vom Strafrichter in Basel-Stadt in Anwendung von Art. 90 Ziff. 1, Art. 31 Abs. 1, Art. 34 Abs. 3 und Art. 44 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01) zu einer Busse von Fr. 350.-- verurteilt. Am 21. August 2001 sprach die hiesige Verwaltungspolizei gegen A. eine Verwarnung nach Art. 16 Abs. 2 SVG aus, und zwar wegen schuldhafter Verkehrsgefährdung, Nichtgewährens des Vortrittsrechtes beim Fahrstreifenwechsel sowie mangelnder Aufmerksamkeit. Wie zuvor die Sicherheitsdirektion wies auch das Verwaltungsgericht eine dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 16 Abs. 2 SVG kann der Führerausweis entzogen werden, wenn der Führer Verkehrsregeln verletzt und dadurch den Verkehr gefährdet oder andere belästigt (Satz 1). In leichten Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Satz 2). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG muss der Führerausweis entzogen werden, wenn der Führer den Verkehr in schwerer Weise gefährdet hat. Das Gesetz unterscheidet demnach vier Fälle, nämlich

(a) den besonders leichten Fall (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG), bei dem diese Kann-Bestimmung auch den Verzicht auf eine Ad-

ministrativmassnahme bzw. Verwarnung erlaubt. Den Richtlinien der Sicherheitsdirektion in AR GVP 1997, Nr. 1319, lässt sich entnehmen, dass diese namentlich bei geringen Geschwindigkeitsüberschreitungen, welche Ordnungsbussen bis maximal Fr. 260.-- zur Folge haben (vgl. Ordnungsbussenverordnung, Anhang 1, Ziff. 303.1-3; SR 741.031), in der Regel auf eine Administrativmassnahme bzw. Verwarnung verzichtet;

- (b) den leichten Fall mit Verwarnungsfolge (Art. 16 Abs. 2 Satz 2);
- (c) den mittelschweren Fall (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 SVG), bei dem auf den Ausweisentzug nach der Rechtsprechung nur verzichtet werden kann, wenn besondere Umstände im Sinn von Art. 66bis StGB gegeben sind (BGE 126 II 205);
- (d) den schweren Fall, der obligatorisch den Ausweisentzug zur Folge hat (Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG).

Die Voraussetzungen für die Annahme eines leichten Falles im Sinn von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG ergeben sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus Art. 31 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51). Nach dieser Bestimmung kann nur eine Verwarnung verfügt werden, wenn zwar die Voraussetzungen für den fakultativen Entzug nach Art. 31 Abs. 1 VZV erfüllt sind, der Fall jedoch unter Berücksichtigung des Verschuldens und des Leumundes als Motorfahrzeugführer als leicht erscheint (BGE 6A.29/2002, E.3.3). Der leichte Fall im Sinn von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG setzt somit kumulativ ein leichtes Verschulden und einen guten automobilistischen Leumund des fehlbaren Lenkers voraus. Hingegen ist seit BGE 125 II 251 die Schwere der Verkehrsgefährdung nur noch insoweit von Bedeutung, als sie auch verschuldensmässig relevant ist. Die Verwarnung selber gilt als Erziehungsmittel und ist beim betroffenen Lenker künftig als Teil seines Leumundes zu beachten (vgl. BGE 128 II 89 mit Hinweis). Auf eine Verwarnung kann in besonders leichten Fällen verzichtet werden, wenn der Führer zwar Verkehrsregeln verletzt, aber dadurch weder (schuldhaft) den Verkehr gefährdet noch andere belästigt hat (vgl. BGE 128 II 87 f.).

Nach Art. 44 Abs. 1 SVG darf der Führer auf Strassen, die für den Verkehr in mehrere Fahrstreifen unterteilt sind, seinen Streifen nur verlassen, wenn er dadurch den übrigen Verkehr nicht gefährdet. Wer zur Gewährung des Vortritts verpflichtet ist, darf den Vortrittsberechtigten in seiner Fahrt nicht behindern. Er hat seine Geschwindigkeit

frühzeitig zu mässigen und, wenn er warten muss, vor Beginn der Verzweigung zu halten (Art. 14 Abs. 1 SVG). Der Führer, der seine Fahrrichtung namentlich zum Einspuren und Wechseln des Fahrstreifens ändern will, hat auf den Gegenverkehr und auf die ihm nachfolgenden Fahrzeuge Rücksicht zu nehmen (Art. 34 Abs. 3 SVG). Die Geschwindigkeit ist stets den Umständen und namentlich den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen anzupassen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen und vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen (Art. 32 Abs. 1 SVG).

a) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer beim Fahrstreifenwechsel von der linken auf die rechte Fahrspur den vortrittsberechtigten Personenwagen trotz eines Blickes in seinen Aussenspiegel übersehen und infolgedessen den Unfall verursacht hat. Aktenkundig ist ferner, dass der Beschwerdeführer auf der mit 50 km/h signalisierten Innerortsstrecke im Zeitpunkt des Spurwechsels lediglich mit rund 40 km/h gefahren ist. Der Beschwerdeführer leitet daraus und aus dem weiteren Umstand, dass sein Fahrzeug noch über keinen "ToWiSpick"-Spiegel verfügt, ab, dass er damit das ihm Zumutbare getan habe, um ein allfälliges Fahrzeug aus dem sichttoten Winkel seines Aussenspiegels herausfahren zu lassen. Dagegen habe er die weiteren unglücklichen Umstände (gleiche Geschwindigkeit des PW, Einspurstrecke von lediglich ca. 100 m, Kleinwagen Twingo) nicht zu verantworten, weshalb ihm höchstens ein minimales Verschulden vorgeworfen werden könne.

aa) Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Praxis zum sichttoten Winkel zutreffend dargetan; darauf kann verwiesen werden. Demnach kann beispielsweise einem Lenker, der in einer komplexen Situation seine Aufmerksamkeit beim Abbiegen auf bestimmte Stellen wie einerseits den Querverkehr, eine Fussgängerin auf der Gegenseite und schliesslich einen Tramzug zu richten hat, für andere Stellen eine geringere Aufmerksamkeit zugebilligt werden, namentlich wenn es dabei um Verkehrsteilnehmer geht, die sich im sichttoten Winkel befinden können. Das Bundesgericht hielt dazu in BGE 127 IV 44 jedoch fest, dass der Massstab für die Sorgfalt, welche Lastwagenfahrer aufzubringen haben, angesichts des von ihren Fahrzeugen ausgehenden Gefährdungspotentials hoch anzusetzen ist. Daher war dort entscheidend, dass der betreffende Lastwagenfahrer die mögliche

Gefahr des toten Winkels auch unter den vorgenannten Umständen nicht gänzlich unbeachtet gelassen, sondern gehörig berücksichtigt hat, indem er während der Wartezeit vor dem Stoppsignal verschiedentlich in den Rückspiegel schaute und bevor er langsam anfuhr, erneut Kontrollblicke in den Rückspiegel warf.

bb) Mit diesem Sachverhalt ist die weit weniger anspruchsvolle und deutlich anders gelagerte Situation beim Spurwechsel auf der geraden und ebenen Brückenfahrbahn nicht zu vergleichen (vgl. Polizeirapport). Der Beschwerdeführer konnte vorliegend seine Aufmerksamkeit weitestgehend auf allfälligen Verkehr auf der rechten Fahrspur und das Problem des toten Sichtwinkels konzentrieren; als Lastwagenfahrer war er dazu erst recht verpflichtet. Nach dem vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Plan "Markierung, Signalisation" war die Baustelle bereits frühzeitig, nämlich schon im Bereich der Klybeckstrasse signalisiert (Signal Nr. 1.14, Anhang 2 Signalisationsverordnung [SSV]; SR 741.21). Rund 50 m vor der Verengung bzw. dem Spurabbau folgte eine entsprechende Signaltafel (Signal Nr. 4.77) und der erforderliche Spurwechsel wurde zusätzlich mit Pfeilen signalisiert. Der Beschwerdeführer war unter diesen Umständen verpflichtet und auch in der Lage, sich rechtzeitig zu vergewissern, ob die rechte Fahrspur für sein Manöver frei war und ob er damit kein vortrittsberechtigtes Fahrzeug behindern werde. Als Berufschaffeur musste er sich generell, und weil er über keinen "ToWiSpick"-Spiegel verfügte erst recht, des Problems des sichttoten Winkels bewusst sein. Er hat nach der Rechtsprechung die ihm möglichen Massnahmen zu treffen, um das Risiko zu beseitigen, wenn nach den Umständen die nahe Möglichkeit besteht, dass sich Verkehrsteilnehmer rechts von seinem Fahrzeug befinden könnten. Dazu gehört, dass er dieser Gefahr im Sinn einer vorausschauenden Vorsicht besondere Aufmerksamkeit schenkt und im Hinblick auf sein beabsichtigtes Fahrmanöver würdigt. Eine Sorgfaltspflichtverletzung kann dem Lastwagenfahrer diesfalls nur dann nicht zur Last gelegt werden, wenn sich mit Sicherheit ausschliessen lässt, dass er auch bei Aufwendung aller gehörigen und zumutbaren Vorsicht einen im sichttoten Bereich seines Fahrzeuges verborgenen anderen Verkehrsteilnehmer nicht hätte erkennen können und er mit einem solchen aufgrund der konkreten Verhältnisse auch nicht hätte rechnen müssen (BGE 127 IV 42). Aufgrund des erwähnten Planes ist mit der Vorinstanz unverändert davon auszugehen, dass zur sicheren Überwin-

derung des sichttoten Winkels im Bereich der geraden Einspurstrecke keineswegs ein umständliches, gefährvolles oder unmögliches Verhalten nötig gewesen wäre. Statt sich vom Sitz zu erheben (wie die Verwaltungspolizei noch verlangt hatte), hätte es tatsächlich genügt, wenn der Beschwerdeführer unter ausreichender Beobachtung des nachfolgenden Verkehrs seine Fahrt vor dem Wechsel des Fahrstreifens angemessen verlangsamt und am Ende der linken Spur (vor der Baustelle) nötigenfalls kurz angehalten hätte, bis die rechte Spur mit Sicherheit frei gewesen wäre. Dazu wäre der Beschwerdeführer mit Blick auf den nachfolgenden Verkehr berechtigt und somit uneingeschränkt verpflichtet gewesen, denn die nachfolgenden Fahrzeuglenker mussten aufgrund der Signale "Baustelle" und "Spurwechsel" mit einer Verlangsamung und einem allfälligen Sicherheitshalt rechnen. Ein Sicherheitshalt wäre somit nicht nur rechtlich und tatsächlich möglich, sondern auch geeignet gewesen, den sichttoten Winkel gefahrlos zu überwinden.

b) Soweit die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zur Last legt, er habe sich überhaupt nicht um ein Fahrzeug im sichttoten Winkel gekümmert, wendet der Beschwerdeführer nach den verbindlichen Feststellungen im Strafverfahren zutreffend ein, er habe sich im Rückspiegel nach hinten versichert und die betreffende Stelle (statt mit den erlaubten 50 km/h) nur mit 40 km/h befahren. Weil der Beschwerdeführer zugleich geltend macht, er habe den Verkehr auf der rechten Fahrspur nur sehr kurze Zeit verfolgen können, lassen die gesamten Umstände erneut und nun erst recht den Schluss zu, der Beschwerdeführer habe vor dem Spurwechsel seine Geschwindigkeit nicht genügend reduziert, um vortrittsberechtigte Fahrzeuge mit Sicherheit aus dem sichttoten Winkel heraus passieren zu lassen. Unter den gegebenen Umständen hätte er sein Fahrzeug eben wesentlich unter 40 km/h verlangsamen und nötigenfalls einen Sicherheitshalt einschalten müssen. Denn in Sichtweite der Verengung und der Baustelle durfte der Beschwerdeführer nicht damit rechnen, dass vorsichtige Fahrer mit der maximal zulässigen Geschwindigkeit von 50 km/h (statt ebenfalls mit 40 km/h) auf dieses Hindernis zufahren bzw. sein Fahrzeug passieren. Daher vermag ihn der Hinweis auf die weiter zurückliegende Steigung in der Auffahrtsrampe nicht zu entlasten. Mit einem Sicherheitshalt oder einer deutlicheren Verlangsamung seines Fahrzeuges hätte der Beschwerdeführer das unfallbeteiligte Kleinfahrzeug jedenfalls auch ohne einen "ToWiSpick"-Spiegel sicher erkennen und

passieren lassen können. Der erwähnte Plan belegt (zusammen mit den Angaben im Polizeirapport), dass die beiden Fahrspuren auf den letzten 90 Metern vor der Verengung niveaugleich, horizontal und lediglich noch durch eine (unterbrochene) Leitlinie getrennt sind, so dass ohne den beantragten Augenschein davon ausgegangen werden kann, dass die Sicht auf die rechte Spur in dieser Länge auch baulich nicht beeinträchtigt war. Unter diesen Umständen kann jedenfalls innerorts nicht von einer "problematischen" Einspurstrecke gesprochen werden. An diesen für den Spurwechsel massgebenden Sichtverhältnissen ändert im übrigen nichts, dass ein Kleinfahrzeug (Twingo) beteiligt war und dass dieses aus dem Horburg-Tunnel bzw. über eine Rampe auf die im entscheidenden Bereich horizontale Brückenfahrbahn angefahren kam.

Soweit der Beschwerdeführer replicando geltend macht, mit einem solchen Sicherheitshalt würde der Verkehr in der Schweiz stillstehen, verkennt er geflissentlich, dass Fahrzeuglenker ihre Geschwindigkeit jedenfalls an die örtlichen Verhältnisse anzupassen haben. Dazu gehört *innerorts* sehr wohl, dass vor einer Baustelle nötigenfalls ein Sicherheitshalt einzulegen ist. Verfehlt ist auch der weitere Einwand, dass ohne einen sogenannten "ToWiSpick"-Spiegel ein Lastwagenfahrer nie mit letzter Sicherheit ausschliessen könne, dass neben ihm im toten Winkel ein Fahrzeug fährt. Diese Sicherheit hätte der Beschwerdeführer jedenfalls im vorliegenden Fall für die rechte Fahrbahn mit einem Sicherheitshalt erlangen können und müssen. Wenn sein Fahrzeug keinen "ToWiSpick"-Spiegel aufwies und der Gesetzgeber bislang auch keinen solchen vorschreibt, so ist es nicht der Gesetzgeber, sondern der Beschwerdeführer, der mit seinem Fahrzeug mangels Einsicht in die Notwendigkeit eines Sicherheitshaltes oder einer deutlicheren Verlangsamung "hin und wieder" solche Unfälle in Kauf nimmt. Ein derart fahrlässiges Verhalten muss dem Beschwerdeführer angerechnet werden, zumal er werktags auf dieser wichtigen Verbindungsbrücke in Basel auf der rechten Spur jedenfalls mit Verkehr rechnen musste. Unter diesen Umständen ist keinesfalls zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Verschulden des Beschwerdeführers weder als minimal noch vernachlässigbar, sondern (gerade noch) als leicht qualifiziert hat. [...]

3. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer über einen ungetrübten automobilistischen Leumund verfügt. Damit waren angesichts des (gerade noch) als leicht zu qualifizierenden Verschuldens

die Voraussetzungen für einen leichten Fall und damit den Verzicht auf einen Führerausweisentzug gegeben. Streitig ist, ob es sich um einen leichten Fall *mit Verwarnungsfolge* (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG) oder um einen besonders leichten Fall im Sinn der eingangs erwähnten Rechtsprechung handelt, bei dem auf eine Verwarnung verzichtet werden kann. Diesbezüglich ist die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, mit BGE 123 II 111 seien die Voraussetzungen eines Verzichts auf eine Verwarnung bestimmt worden. Damit wurden einzig die Voraussetzung bestimmt, unter der selbst in mittelschweren Fällen ausnahmsweise auf einen Entzug des Führerausweises verzichtet werden kann (wenn der Betroffene aufgrund der schweren Folgen eines Unfalles schon genug sanktioniert ist). Zwar ist davon auszugehen, dass dieser qualifizierte Ausnahmegrund gegebenenfalls auch in leichten Fällen einen Verzicht auf eine Verwarnung rechtfertigen kann. Nach der eingangs erwähnten Rechtsprechung schliesst die Kann-Bestimmung in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG jedoch darüber hinaus die Möglichkeit ein, dass in besonders leichten Fällen auf eine Verwarnung verzichtet werden kann, wenn der Führer zwar im Rahmen eines leichten Falles Verkehrsregeln verletzt hat, aber dadurch weder schuldhaft den Verkehr gefährdet noch andere belästigt hat.

a) Dass noch von einem leichten Fall ausgegangen werden kann, wurde dargelegt. Dass der Beschwerdeführer mit seinem sorgfaltswidrigen Spurwechsel weder schuldhaft den Verkehr gefährdet noch andere belästigt haben soll, trifft offenkundig nicht zu. Wer innerorts bei einem Spurwechsel mit einem Lastwagen ohne "ToWiSpick"-Spiegel seine Geschwindigkeit nur ungenügend vermindert und insbesondere nicht zu einem Sicherheitshalt bereit ist, um vortrittsberechtigten Fahrzeuge mit Sicherheit aus dem toten Winkel herausfahren und passieren zu lassen, beeinträchtigt die Verkehrssicherheit in schwerer Weise, wie sich unschwer aus dem tatsächlichen Unfallgeschehen ergibt. Da der Beschwerdeführer diese Verkehrsgefährdung als Berufschaffeur erst recht hätte voraussehen können und müssen (vgl. BGE 126 II 195), kann nicht im Ernst von einem besonders leichten Fall gesprochen werden. Die Vorinstanzen haben völlig zu Recht eine Verwarnung ausgesprochen.

b) Dies gilt auch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Entgegen den Ausführungen in der Replik beeinträchtigt eine blosser Verwarnung einen Berufschaffeur an sich noch nicht, sondern dies könnte dann erst ein späterer Führerausweisentzug, wenn ein

solcher in Berücksichtigung der Verwarnung bei einer erneuten Wiederhandlung verfügt würde. Dabei wird für die Dauer des Führerausweisentzuges auf die dannzumalige berufliche Situation des Beschwerdeführers abzustellen sein. Dazu kommt, dass der neue Art. 16a Abs. 2 SVG vor seiner Inkraftsetzung keine Wirkung entfalten kann, weshalb auch dessen Konsequenzen erst in einem künftigen Verfahren zu berücksichtigen sind. Daher muss offen bleiben, wie die jetzige Verwarnung übergangsrechtlich dereinst zu würdigen sein wird. Angesichts der beim Beschwerdeführer noch fehlenden Einsicht in die Notwendigkeit eines Sicherheitshaltes bzw. einer stärkeren Verlangsamung seines Fahrzeuges ist eine Verwarnung auch in Anbetracht seines bislang ungetrübten Fahrerleumundes geeignet und notwendig, um eine Besserung im Hinblick auf vergleichbare Verkehrssituationen zu erwirken.

VGer 24.4.2002

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Bundesgericht am 13. März 2003 abgewiesen worden, soweit es darauf eingetreten ist. Das Bundesgericht befand im Wesentlichen, dem Beschwerdeführer sei zu Recht vorgeworfen worden, seine Fahrt nicht noch mehr verlangsamt und nötigenfalls am Ende der linken Spur angehalten zu haben. Ein Halt angesichts eines Spurabbaus wegen einer angezeigten Baustelle sei auf einer Strecke mit einer Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h nichts Aussergewöhnliches. Diese Massnahme sei geeignet, den sichttoten Winkel gefahrlos zu überwinden. Weil ein Berufschaffeur die Problematik des sichttoten Winkels besonders gut zu kennen habe, wiege sein Verschulden nicht besonders leicht. Die Frage, ob sein Verschulden nicht gar als mittelschwer zu bewerten sei, könne offen bleiben, da das Bundesgericht auf Beschwerde des Betroffenen hin eine Administrativmassnahme nicht zu dessen Ungunsten verändern könne (Art. 114 Abs. 1 OG). Von einem besonders leichten Fall könne jedenfalls nicht gesprochen werden.

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1. Zivilrecht

3396

Eheschutzverfahren. Vorsorgliche Massnahmen, Sicherungsmassnahmen (Art. 172 ff. ZGB, Art. 231 Ziff. 2 ZPO).

Aus den Erwägungen:

1. a) In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch im Eheschutzverfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können (*Bräm/Hasenböhler*, Zürcher Kommentar, N. 15 ff. zu Art. 180 ZGB; *Hausheer/Reusser/Geiser*, Berner Kommentar, N. 21 zu Art. 180 ZGB; *Susanne Bachmann*, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 253 ff.; ZR 100/2001, Nr. 40; BGE 114 II 18). Zu denken ist insbesondere an Sicherungsmassnahmen, um etwa Verfügungsbeschränkungen nach Art. 178 ZGB sicherzustellen (*Bräm/Hasenböhler*, a.a.O., N. 19 zu Art. 180 ZGB).

b) Zuständig zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist der Richter am Ort des Hauptprozesses (Art. 33 Gerichtsstandsgesetz, GestG; SR 272). Im vorliegenden Fall wurde das Eheschutzbegehren beim Kantonsgerichtspräsidium Appenzell A.Rh. eingeschrieben, wobei sich die Zuständigkeit der hiesigen Gerichtsbehörden auf Art. 15 Abs. 1 lit. a GestG stützt. Die örtliche Zuständigkeit des Einzelrichters des Kantons Appenzell A. Rh. ist somit erfüllt.

c) Die sachliche Zuständigkeit für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber per Analogieschluss aus Art. 7 Abs. 1 Ziffer

3 ZPO. Die erstinstanzliche Zuständigkeit liegt demnach beim Einzelrichter des Kantonsgerichtes.

d) Unter Hinweis auf die Ausführungen unter lit. c hievor kann als - ausserordentliches - Rechtsmittel nur die Rechtsverweigerungsbeschwerde an die Justizaufsichtskommission (Art. 280 ff. ZPO) in Frage kommen.

e) Der vorliegende Entscheid ergeht im summarischen Verfahren nach Art. 221 ff. ZPO und ist entsprechend der ausdrücklichen Anordnung in Art. 226 ZPO nur kurz zu begründen.

2. Voraussetzung für eine vorsorgliche Massnahme ist, dass der Antragsteller glaubhaft macht, dass ihm ein Anspruch zusteht und ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 231 Ziffer 2 ZPO; *Susanne Bachmann*, a.a.O., S. 254; *Bräm/Hasenböhler*, a.a.O., N. 17 zu Art. 180 ZGB).

[Es folgen Ausführungen zu der von der Gesuchstellerin behaupteten Gefährdung von güterrechtlichen Ansprüchen sowie zur Frage der Sicherung von allfälligen Unterhaltsansprüchen.]

Zusammenfassend ergibt sich, dass es der Gesuchstellerin nicht gelungen ist, eine Gefährdung von Ansprüchen glaubhaft zu machen, weshalb die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme nicht erfüllt sind.

KGP 23.9.2002

3397

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess. Regelung des persönlichen Verkehrs, Ermittlung des zivilrechtlichen Notbedarfs: Grundbetrag bei Vorliegen eines Konkubinales sowie Berücksichtigung von höheren als den üblicherweise anrechenbaren Wohnkosten (Art. 137 und Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 93 SchKG).

Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall waren sich beide Parteien einig, dass die beiden unmündigen Kinder während des Scheidungsverfahrens bei der Mutter bleiben sollen. Unterschiedliche Anträge wurden hingegen bezüglich des Umfangs sowie der Anfangs- und Schlusszeiten des monatlichen Besuchsrechtes gestellt. Sodann hatte der Massnahmen-

richter zwecks Berechnung von Unterhaltsbeiträgen den zivilrechtlichen Notbedarf beider Ehegatten zu ermitteln.

Aus den Erwägungen:

1. a) Eltern, denen die elterliche Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Bei der Regelung des Besuchsrechts sind Alter, körperliche und geistige Gesundheit und die innere Beziehung zum Berechtigten angemessen zu berücksichtigen (*Leuenberger* in *Schwenzer* [Hrsg.], Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 22 zu Art. 137 ZGB).

Im Sinne einer Minimallösung, die für den Konfliktfall, d.h. für den Fall fehlender Kommunikationsmöglichkeiten zwischen den Eltern gedacht ist, ist ein Besuchsrecht von einem Wochenende pro Monat und ein Ferienrecht von 14 Tagen jährlich üblich.

b) Im vorliegenden Fall besteht Einigkeit zwischen den Parteien bezüglich eines Besuchs-Wochenendes pro Monat und einem Ferienrecht von 14 Tagen pro Jahr. Umstritten ist, ob das Besuchsrecht auf einen zusätzlichen Samstag pro Monat ausgedehnt werden soll. Der Vater macht geltend, dies entspreche der bisherigen Übung. Die Gesuchstellerin wendet sich gegen eine Ausdehnung, weil der Gesuchsgegner das extensivere Besuchsrecht nicht wahrnehme.

Es kann offen bleiben, welches die bisherige Übung gewesen ist. Denn entscheidend ist, dass der Vater den zusätzlichen Besuchstag an die Bedingung knüpft, dass ihm die Kinder an diesem Tag gebracht werden. Er hat sogar ausdrücklich erklärt, er verzichte auf den Samstag, wenn er die Kinder selber holen müsse.

Nach Lehre und Rechtsprechung gehen die Kosten für den persönlichen Verkehr zulasten des besuchsberechtigten Elternteils (*Wirz* in *Schwenzer*, a.a.O., N. 25 zu Art. 273 ZGB; *Hegnauer*, Berner Kommentar, N. 146 ff. zu Art. 273 ZGB; *Bühler/Spühler*, Berner Kommentar, N. 315 zu Art. 156 aZGB). Es sind keine Gründe ersichtlich oder geltend gemacht worden, die im vorliegenden Fall eine abweichende Kostentragung rechtfertigen würden. Also hat der Vater für die Kosten des Besuchsrechts aufzukommen. Da er dies nicht auf sich nehmen will, ist aus diesem Grunde davon abzusehen, einen zusätzlichen Besuchstag einzuräumen.

Den Parteien bleibt es selbstverständlich unbenommen, ein weitergehendes Besuchsrecht unter sich zu vereinbaren.

c) Nicht einig sind sich die Eltern auch über die Anfangs- und Schlusszeiten des monatlichen Besuchsrechts. Der Vater setzt diese Daten fest auf Samstag, 8.00 Uhr, und Sonntag, 17.00 Uhr, die Mutter dagegen auf Samstag, 10.00 Uhr, und Sonntag, 19.00 Uhr.

Wenn die Kinder am Samstag bereits um 8.00 Uhr für das Besuchswochenende bereit sein müssten, d.h. auf diesen Zeitpunkt angezogen, die Morgentoilette absolviert und die Sachen gepackt haben sollten, würde dies zu einem unverhältnismässigen Stress führen. Es erscheint deshalb als angezeigt, den Beginn um eine Stunde auf 9.00 Uhr zu verschieben. Andererseits sollen die Kinder am Sonntagabend Gelegenheit erhalten, sich zu Hause wieder einzuleben. Als gute Lösung dafür hat sich bewährt, das Ende der Besuchszeit auf 18.00 Uhr festzusetzen. Auf diesen Zeitpunkt sollen die Kinder unverpflegt zu Hause eintreffen. Dann können sie zusammen mit ihrer Mutter das Nachtessen einnehmen und dabei das am Wochenende Erlebte sowie die kommende Woche besprechen.

2. Die Gesuchstellerin verlangt auch für sich einen Unterhaltsbeitrag.

a) [Grundsätzliche Ausführungen zu den Existenzminima der Ehegatten].

b) Zu den einzelnen Posten der Berechnung ist Folgendes anzumerken:

- Ausgangspunkt für die Bedarfsrechnung ist die Ermittlung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG. Der Grundbetrag beläuft sich auf Fr. 1'100.-- pro Monat für eine Einzelperson bzw. Fr. 1'550.-- für zwei eine dauernde Hausgemeinschaft bildende erwachsene Personen (Richtlinien der Betriebs- und Konkursbeamtenkonferenz der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 24. November 2000, Ziffer I). Im monatlichen Grundbetrag sind die Kosten für Nahrung, Kleidung, Wäsche einschliesslich deren Instandhaltung, Körper- und Gesundheitspflege, Kulturelles sowie Auslagen für Beleuchtung, Kochstrom und/oder Gas enthalten.

Der Gesuchstellerin sind unbestrittenermassen Fr. 1'100.-- anzurechnen. Beim Gesuchsgegner dagegen ist ab Oktober 2001 lediglich der halbe Hausgemeinschaftsbetrag oder Fr. 775.-- zu berücksichtigen. Auch wenn das Zusammenleben nach den Akten erst im Oktober 2001 aufgenommen worden

ist, ist von einem qualifizierten Konkubinat auszugehen, weil der Gesuchsgegner und seine Partnerin ein gemeinsames Kind haben (vgl. auch *Hausheer/Spycher*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 10.54 ff.). Vor Oktober 2001 ist auch beim Gesuchsgegner vom ordentlichen Grundbetrag auszugehen.

- Hinzuzuzählen sind die Wohnkosten. Bei den Wohnkosten ist zu berücksichtigen, dass in der Berechnung des Kinderunterhaltsbeitrages ein Wohnkostenanteil enthalten ist. Es ist daher auf Seiten der Gesuchstellerin für die Mitbenützung des Hauses durch die Kinder ein Abzug von rund Fr. 550.-- vorzunehmen. Ihre gesamten Kosten belaufen sich auf Fr. 2'150.-- Zinsen für die Hypothek sowie Nebenkosten von rund Fr. 500.--. Somit resultieren - nach Abzug des Kinderanteils - anrechenbare Wohnkosten von Fr. 2'100.--. Dies gilt ohne Weiteres bis September 2002. Auf diesen Zeitpunkt hat die kreditgewährende Bank die Hypothek gekündigt. Ob die Gesuchstellerin auf diesen Zeitpunkt ausziehen wird oder nicht und welche Wohnkosten nachher erwachsen werden, ist noch offen. Sobald darüber Klarheit besteht, ist der vorliegende Entscheid anzupassen.

Bis September 2001 bezahlte der Gesuchsgegner einen Mietzins (inkl. Garage) von knapp Fr. 1'300.--. Seither beträgt sein hälftiger Mietzinsanteil ebenfalls rund Fr. 1'300.--. Es ist zuzugeben, dass diese Beträge über den üblicherweise anzurechnenden Wohnkosten (Fr. 1'100.--; vgl. dazu Art. 2 Verordnung 01 über die Anpassungen bei den Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, SR 831.307; Urteil des Bundesgerichts 5C.6/2002 vom 11.6.2002; SGGVP 1994, Nr. 32) liegen. Aus Gründen der Gleichbehandlung (vgl. dazu etwa ZBJV 137/2001, S. 90) hat jedoch auch der Gesuchsgegner Anspruch auf die Anrechnung von höheren Wohnkosten.

KGP 24.9.2002

3398

Inhalt einer Dienstbarkeit, Ermittlung des Inhaltes durch Auslegung, privatrechtliche Baueinsprache. Steht eine alte Aussichts-servitut der Überbauung eines Grundstückes entgegen, dann muss von einer baulichen Nutzung abgesehen werden. Das gilt laut einem neuen Urteil des Bundesgerichts auch dann, wenn ein rechtskräftiger Gestaltungsplan vorliegt und die Baubewilligung aus rein öffentlich-rechtlicher Sicht erteilt werden muss.

Sachverhalt:

Die B AG ist Eigentümerin des Grundstückes Nr. 148 in T, auf dem das „Doktorhaus“ steht (Gebäude Nr. 44). A ist Eigentümer des Grundstückes Nr. 725, auf dem das frühere Bedienstetenhaus des Doktorhauses steht (Gebäude Nr. 44a). Das Grundstück Nr. 725 wurde 1952 von der Nr. 148 abparzelliert.

Gegen Süden hin liegt als Grundstück Nr. 70 die „Schülerwiese“, die früher eine grössere Ausdehnung hatte und im Lauf der Zeit durch Abparzellierungen, vorab südlich des „rothen Stalls“ (Grundstück Nr. 1111), auf rund die Hälfte ihrer ursprünglichen Fläche reduziert wurde. Seit 1985 gehört sie einem Baukonsortium, das in der Zusammensetzung teils wechselte und heute aus den Beklagten besteht.

Als Recht für die Grundstücke Nrn. 148 und 725 und als Last des Grundstückes Nr. 70 ist im Grundbuch eine als „Bau- und Pflanzbeschränkung“ bezeichnete Dienstbarkeit eingetragen. Diese beruht auf einer Rechtsverschreibung vom 25. August 1897 mit folgendem Wortlaut:

"Von dem zur Liegenschaft zum rothen Stall östlich dem Stallgebäude & dem Territorium der Gemeinde, auf welchem das neue Schulhaus steht, gehörenden Boden, dürfen ohne Einwilligung der jeweiligen Besitzer der Liegenschaft Nr. 44 (scil. heute Parz. Nr. 148 und durch Abparzellierung auch Parz. Nr. 725) keine Hofstätten verkauft & darauf überhaupt zu keinen Zeiten etwas gebaut oder gepflanzt werden, was derselben an der Aussicht nachtheilig sein, oder Schaden geben könnte."

Nach einem sich über mehrere Jahre hinziehenden Einzonungsverfahren reichte das Baukonsortium am 2. November 1999 ein Baugesuch für die Erstellung von fünf Mehrfamilienhäusern mit Tiefgarage auf der Schülerwiese ein. Dagegen erhoben die Eigentümer der

Grundstücke Nr. 148 und 725 je eine Einsprache, im Wesentlichen mit der Begründung, dem Bauvorhaben stehe die Dienstbarkeit entgegen. Am 15. Juni 2000 erteilte die Baubewilligungskommission von T. die Baubewilligung, unter Vorbehalt der privatrechtlichen Einsprachen, und setzte den Einsprechern Frist zur Anrufung des Zivilrichters.

Die Vorinstanz schützte die von der B AG und von A eingereichten Zivilklagen und verbot den Beklagten, auf dem Grundstück Nr. 70 in T. die bewilligte Überbauung zu realisieren.

Aus den Erwägungen:

1. Für die Bestimmung des Inhaltes einer Dienstbarkeit gilt nach Art. 737 ZGB, dass der Berechtigte befugt ist, alles zu tun oder zu unterlassen, was zu deren Erhaltung und Ausübung nötig ist, doch hat er sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben; der Belastete seinerseits darf nichts vorkehren, was die Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen des Eintrages bestimmt sich der Inhalt aus dem Erwerbsgrund oder aus der Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt wurde (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Die Auslegung einer Dienstbarkeit richtet sich mithin primär nach dem Grundbucheintrag und alsdann nach dem Erwerbsgrund oder nach der bisherigen unangefochtenen Ausübung. Dabei ist auch nach dem Sinn und Zweck der Dienstbarkeit zu fragen, und es sind die Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes zu berücksichtigen (BGE 113 II 508, 109 II 414, 108 II 547; *Peter Liver*, Zürcher Kommentar, N. 16 und 109 ff. zu Art. 738 ZGB).

Lehre und Rechtsprechung stimmen darin im Wesentlichen überein, dass nicht bloss im Verhältnis unter den Parteien des Dienstbarkeitsvertrages dessen Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen hat. Auch für den Dritten, der im guten Glauben gestützt auf den Grundbucheintrag ein Grundstück erworben hat, ist derjenige Inhalt des Titels massgebend, der diesem vernünftigerweise zuzumessen ist, wobei jene Umstände zu berücksichtigen sind, die dem Dritten bekannt waren oder bekannt sein mussten (BGE 108 II 546; *Peter Liver*, a.a.O., N. 94 zu Art. 738 ZGB, *Etienne Petitpierre*, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 738 ZGB). Dabei sollen ganz persönliche, individuelle Umstände und Motivationen der an der Errichtung der

Dienstbarkeit Beteiligten unberücksichtigt bleiben. Die Auslegung hat sich mithin nach einem objektivierten Vertrauensbegriff auszurichten (BGE 108 II 546).

Eine Verbindung zwischen öffentlichem Recht und Dienstbarkeitsrecht in dem Sinne, dass Vorschriften des öffentlichen Rechts für die Auslegung der Dienstbarkeit beizuziehen wären, besteht nicht; jedenfalls dann nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - keine Anhaltspunkte bestehen, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Inhalt der privatrechtlichen Servitut gemacht wurden. Die Dienstbarkeit wurde vor dem Bestehen öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften, namentlich einer Bau- und Zonenordnung in T. begründet. Den Beklagten hilft es deshalb nicht, sich darauf zu berufen, ein Bauverbot widerspräche den raumplanerischen Vorgaben, wonach es sich beim vorgesehenen Baugrundstück um eingezontes, geeignetes Bauland handle.

Über den örtlichen Geltungsbereich gibt der Grundbucheintrag „Bau- und Pflanzbeschränkung“ keinerlei Anhaltspunkte. Der Beizug des Begründungsaktes, der Rechtsverschreibung vom 25./28. August 1897 ergibt, dass die Beschränkung den „zur Liegenschaft zum rothen Stall, östlich dem Stallgebäude & dem Territorium der Gemeinde, auf welchem das neue Schulhaus steht, gehörenden Boden“ betrifft. Diese Formulierung erlaubt keine exakte geometrische Bestimmung der belasteten Bodenfläche. Zweck der Dienstbarkeit ist indes ohne jeden Zweifel die Bewahrung der Aussicht vom herrschenden Grundstück sowie die Vermeidung von weiteren schädlichen Einwirkungen auf dasselbe durch Bauten und Bepflanzungen, wie namentlich Schattenwurf und Lichtentzug. Auszugehen ist dabei von den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks. Die den genannten Zwecken dienende Fläche ist deshalb vom Standpunkt des herrschenden Grundstücks zu definieren. Blickt man von der Parzelle Nr. 148 in südlicher Richtung über die ansteigende Schülerwiese, so liegt das als „rother Stall“ bezeichnete Gebäude (rechts der Tannengruppe) an der Horizontlinie. Es bildet in jenem Bereich den östlichsten Punkt der bereits 1897 bestehenden Überbauung der Bergstrasse. Der Schluss, beim freizuhaltenden Teil der Schülerwiese handle es sich um das an Parzelle Nr. 148 südlich anschliessende Zwischengelände bis hinauf zu diesem Gebäude, liegt auf der Hand. Dabei ist daran zu erinnern, dass das belastete Grundstück zur Zeit der Dienstbarkeitserrichtung sich nach Süden hin über dieses Gebäude „zum rothen Stall“ hinaus erstreckte, was heute infolge der verschiedenen Abparzellierungen nicht

mehr der Fall ist. Die östliche Begrenzung der Freihaltefläche bildet die Schulhausliegenschaft. Die Bezeichnung einer Grenze, gebildet aus einer geraden Linie vom Gebäude „rother Stall“ zum Schulhaus bzw. einer Ecke des Schulhausgrundstückes, wie das die Beklagten vertreten, macht nach dem Gesagten keinen Sinn. Der jenseits (süd-östlich) dieser Linie liegende Teil der Schülerwiese ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, für den Aussichts- und Besonnungsschutz für die herrschenden Grundstücke Parzellen Nrn. 128 und 725 bedeutungslos.

Bezüglich der durch Dienstbarkeit festgelegten Einschränkung der Eigentumsrechte, handelt es sich nach dem Grundbucheintrag um eine Beschränkung des Rechts zur Überbauung und Bepflanzung. Zur Bestimmung des genauen Inhaltes dieser Beschränkung ist wiederum auf den Begründungsakt abzustellen. Darnach dürfen von dem durch die Dienstbarkeit belasteten Boden „ohne Einwilligung der jeweiligen Besitzer der Liegenschaft Nr. 44 keine Hofstätten verkauft & darauf überhaupt zu keinen Zeiten etwas gebaut oder gepflanzt werden, was derselben an der Aussicht nachtheilig sein oder Schaden geben könnte“. Damit steht fest, dass mit der Bau- und Pflanzbeschränkung der Schutz der ganzen Liegenschaft Nr. 44 (heute Parz. Nrn. 128 und 725) vor einer Beeinträchtigung der Aussicht und der Belichtung sowie der Schutz vor weiteren durch eine Überbauung oder Bepflanzung bewirkten Immissionen bezweckt wurden. So hat das Bundesgericht im Falle einer 1929 errichteten, als „Einschränkung des Baurechts“ eingetragenen Dienstbarkeit festgestellt, mangels weiterer Angaben im Erwerbsgrund sei in einem solchen Fall der Dienstbarkeitszweck in einer günstigen Sonneneinstrahlung, in einer gewissen Stille, in der Wahrung der Aussicht und im Schutz vor Immissionen, insbesondere vor Lärm, zu sehen (BGE 109 II 412). Dass das geplante Bauvorhaben eine derartige Beeinträchtigung darstellt, steht fest.

Aufgrund des bisher Gesagten steht die Bau- und Pflanzbeschränkung einer Überbauung der Parzelle Nr. 70 in ihrer heutigen Grösse entgegen.

Schliesslich kann als Auslegungshilfe auch die bisherige Ausübung der Dienstbarkeit herangezogen werden. Die Ausübung während längerer Zeit spricht dafür, dass die Dienstbarkeit nicht einen engeren Inhalt oder Umfang hat, doch kann dieser sehr wohl umfassender sein als die bisherige Ausübung (*Peter Liver*, a.a.O., N. 117 zu Art. 738 ZGB). Bei einer negativen Dienstbarkeit, wie sie hier zu beurteilen

ist, hilft dieses Kriterium zumeist nicht weiter, weil die Ausübung einer negativen Dienstbarkeit in der Regel nach aussen nicht in Erscheinung tritt. Trifft dies ausnahmsweise doch zu, wie etwa in dem von Liver erwähnten Fall, wo eine Häuserzeile durch ein niedrigeres Gebäude unterbrochen wird, über dessen Dach die Fenster eines dahinterliegenden Hauses gehen, bildet dies ein Indiz für den Bestand eines entsprechenden Verbotes (vgl. *Peter Liver*, a.a.O., N. 125 ff.). Das bisherige Schicksal der „Schülerwiese“ bildet ein Indiz für das Bestehen eines Bauverbotes. Der südlich des Gebäudes „rother Stall“ liegende Teil der ursprünglichen Liegenschaft „Schülerwiese“ wurde im Laufe der Zeit abparzelliert und teilweise überbaut. Dagegen ist das Zwischengelände aus der Blickrichtung der klägerischen Grundstücke hinauf zum „rothen Stall“ nicht überbaut worden. Die Gemeinde T. hat 1964 im Zuge der Schulraumbeschaffung auf die Realisierung eines neuen Schulhauses in diesem Zwischengelände unter Respektierung des geltend gemachten Bauverbotes verzichtet.

2. Die Beklagten machen geltend, eine Dienstbarkeit dürfe die Nutzungsrechte lediglich einschränken, nicht aber faktisch aufheben, wie dies vorliegend der Fall sei. Die von den Klägern aus der Dienstbarkeit abgeleitete Beschränkung gehe zu weit und reduziere die Eigentümerbefugnisse auf die „nuda proprietas“.

Indem die Beklagten beanstanden, dass durch eine im 19. Jahrhundert eingegangene Dienstbarkeitsverpflichtung ihr Bauvorhaben verhindert werde, rügen sie eine unverhältnismässig gewordene Belastung. Ein Anwachsen der Belastung wäre zu bejahen, wenn das vom Bauverbot erfasste Land nach heutiger Zonenordnung in der Bauzone liegt, während es zur Zeit der Errichtung nicht überbaubar war (BGE 107 II 340). Dies ist hier nicht der Fall. Wie oben ausgeführt, standen 1897 einer Überbauung der „Schülerwiese“ keine öffentlich-rechtlichen Hemmnisse entgegen, was auch die Beklagten anerkennen. Im gegenteiligen Falle hätte die Errichtung der Dienstbarkeit ja auch keinen Sinn gemacht. Wesentlich ist sodann, dass eine allfällige Erhöhung der Belastung unbeachtlich ist, wenn sie durch Vorkehren zustandekam, die vom Eigentümer des belasteten Grundstücks ausgingen (BGE 107 II 339). Das dienstbarkeitsbelastete Grundstück hatte ursprünglich eine grössere Ausdehnung als die heutige Parzelle Nr. 70. Die 1897 errichtete Bau- und Pflanzbeschränkung beschlug nur rund die Hälfte dieser Fläche. Der Rest ist in der Folge abparzelliert und teilweise überbaut worden. Die Beklagten

müssen sich das Verhalten ihrer Rechtsvorgänger, die aus der Abparzellierung ihren Nutzen gezogen haben, anrechnen lassen und können sich nicht auf Unverhältnismässigkeit berufen.

Auch wenn im Planungsverfahren zugunsten einer Überbauung der Parzelle Nr. 70 und damit gegen eine landwirtschaftliche Nutzung entschieden worden ist, heisst dies nicht, dass diese Nutzung unmöglich geworden wäre. Die Fläche von rund einer Hektare entspricht einer Grösse, die für Zupachtflächen durchaus nicht unüblich ist. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, wenn sie die Möglichkeit der landwirtschaftlichen Nutzung als gegeben erachtet hat.

Die von den Beklagten ebenfalls erhobene Rüge, ein Dienstbarkeitsvertrag, der das Eigentumsrecht zur „nuda proprietas“ reduziere, stelle eine unzulässige Persönlichkeitsverletzung dar, ist bereits von den vorstehenden Ausführungen widerlegt. Dazu kommt, dass zur Zeit des Vertragsschlusses die Weiterführung der bis dahin erfolgten landwirtschaftlichen Nutzung der Liegenschaft durchaus nicht als ungewöhnliche Einschränkung zu gelten hatte. Das Wesentliche des Dienstbarkeitsvertrages ist gerade, dass damit innerhalb des gesetzlichen Rahmens eine Bindung späterer Eigentümer des belasteten Grundstücks herbeigeführt werden kann. Davon, dass der seinerzeitige Eigentümer durch das Unterzeichnen der Rechtsverschreibung einen Knebelungsvertrag eingegangen sei, kann nicht die Rede sein.

3. Die Beklagten machen weiter geltend, die im Sinn der Vorinstanz ausgelegte Bau- und Pflanzbeschränkung sei rechtswidrig, weil sie dem rechtskräftigen Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften widerspreche und deshalb gemäss Art. 730 ZGB nicht zulässig und überdies nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sei.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Frage der Widerrechtlichkeit infolge der Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen allenfalls stellen kann, wenn die Servitut nach Erlass einer rechtskräftigen Einzonung begründet worden ist, nicht aber hier, wo die Servitut vorbestand und einem Planungsverfahren vorbehalten wurde. Die Beklagten selbst haben sich in ihren Stellungnahmen im Rahmen des Planungsverfahrens auf den Standpunkt gestellt, die Kläger hätten ihre privaten Rechte später - im Baubewilligungsverfahren - durchzusetzen. Zudem wäre ein Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht nur dann zu bejahen, wenn dieses eine Überbauungspflicht vorsehen würde, was nach ausserrhodischem Bau- und Planungsrecht indes nicht der Fall ist.

4. Die Beklagten erblicken in den vorliegenden Umständen schliesslich einen Anwendungsfall der „*clausula rebus sic stantibus*“ und einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Die „*clausula rebus sic stantibus*“ befreit einen Vertragspartner, die ihm vertraglich auferlegte Leistung auch dann weiter zu erbringen, wenn die Aufwendungen zur Erbringung dieser Leistung die Gegenleistung in der Weise übersteigen, dass ein Missverhältnis entsteht. Im Bereich der Grunddienstbarkeiten ist die „*clausula rebus sic stantibus*“ auf allfällige mit der Hauptpflicht, der Duldungspflicht, verbundene Nebenpflichten zur Erbringung positiver Leistungen beschränkt (z.B. eine mit einem Quellenrecht verbundene Wasserlieferungspflicht oder eine mit einem Abwassernutzungsrecht verbundene Pflicht zur Unterhaltung eines Jau- chekastens). Für die Duldungspflicht selbst kommt die Klausel nur in den Schranken von Art. 736 ZGB betreffend die Ablösung der Dienstbarkeit zur Anwendung und ferner dort, wo die volle Ausübung zwar für den Beklagten ruinös, für den Berechtigten aber gleichwohl nicht unerheblich ist und das Gebot der schonenden Ausübung nach Art. 732 Abs. 2 ZGB nicht weiterhilft (*Peter Liver*, a.a.O., N. 242 ff. zu Art. 730, N. 38 zu Art. 736 und N. 62 ff. zu Art. 737 ZGB).

Die Berufung auf Art. 736 ZGB haben die Beklagten in Abrede gestellt. Im Übrigen ist die Belastung durch die Bau- und Pflanzbeschränkung für das belastete Grundstück nicht grösser, als sie das bei Errichtung der Dienstbarkeit war. Die landwirtschaftliche Nutzung ist, wie bereits ausgeführt, wie damals möglich. Unter Berufung auf *Peter Liver*, a.a.O., N. 10 zu Art. 730 ZGB, vertreten die Appellanten die Auffassung, bereits eine Beschränkung auf die ausschliessliche Möglichkeit der landwirtschaftlichen Nutzung sei unzulässig. Indes liegt der von *Liver* kommentierte Fall hier nicht vor, denn mit der streitigen Dienstbarkeit werden die Beklagten nicht auf eine bestimmte Nutzungsart verpflichtet und deshalb in ihrer Betätigung in unzulässiger Weise eingeschränkt.

5. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bauvorhaben der Beklagten im Widerspruch steht zur Bau- und Pflanzbeschränkungsservitut zu Gunsten der klägerischen Grundstücke und deshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu untersagen ist. Dieses Verbot ist mit dem Hinweis auf die Bestrafung gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Ungehorsamsfall zu versehen.

OGer 9.7.2002

Eine gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 7. Februar 2003 abgewiesen (5C.213/2002).

3399

Ausbildungsvertrag. „Naturärztliche Basisausbildung mit Diplomabschluss“. Notengebung: Es besteht kein Rechtsschutzinteresse an einer Korrektur der Endnote von 4,9 auf mindestens 5,25. Vertrag auf Überprüfung der Noten: Das Gericht prüft den Beschwerdeentscheid des Verwaltungsrates der Schule nur mit beschränkter Kognition (Art. 99 ZPO, Art. 97 ff. OR).

Sachverhalt:

Die Beklagte (eine Schule für die Ausbildung von Naturärzten) hatte sich verpflichtet, der Klägerin eine sechssemestrige „naturärztliche Basisausbildung mit Diplomabschluss“ zu vermitteln. Die Klägerin legte die aus einem schriftlichen und mündlichen Teil bestehende Abschlussprüfung im Dezember 2000 ab. Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 3. Januar 2001 mit, sie habe die Abschlussprüfung bestanden und informierte sie über die Modalitäten der Einsichtnahme in die schriftliche Abschlussprüfung. Diesem Schreiben fügte die Beklagte ein Merkblatt "Beschwerden gegen die Punktevergabe/Korrektur der schriftlichen Abschlussprüfung" bei. Auf Ersuchen der Klägerin stellte die Beklagte ihr eine Kopie der schriftlichen Abschlussprüfung zu. Mit Schreiben vom 5. Februar 2001 teilte die Klägerin der Beklagten mit, für welche Prüfungsfragen sie ihrer Meinung nach zuwenig Punkte erhalten habe. Die Beklagte machte die Klägerin daraufhin darauf aufmerksam, dass für die Einleitung eines offiziellen Rekurses ein Kostenvorschuss von Fr. 500.-- zu leisten sei. Die Klägerin überwies der Beklagten - unter Vorbehalt - Fr. 500.--. Am 16. März 2001 sandte die Beklagte der Klägerin deren Diplom und den Notenausweis. Die Klägerin liess mit Eingabe ihres Rechtsvertreters bei der Beschwerdeinstanz der Beklagten Beschwerde gegen die an der Abschlussprüfung erteilten Noten erheben und verlangte unter anderem die Anhebung der Endnote von 4,9 auf mindestens 5,25. Mit Entscheid des Verwaltungsrates der Beklagten als Beschwerdeinstanz vom 9. Oktober 2001 wurden die Begehren der Klägerin abge-

wiesen und die erhobene Gebühr mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin beantragt die Überprüfung ihrer Noten aus der mündlichen und schriftlichen Abschlussprüfung im Dezember 2000. Für das Gericht stellt sich bezüglich dieses Begehrens die Frage nach dem Rechtsschutzinteresse. So hält Art. 99 ZPO fest, dass auf eine Klage oder ein anderes Begehren nur eingetreten wird, wenn ein rechtliches Interesse am Entscheid besteht. Das Rechtsschutzinteresse ist Prozessvoraussetzung und daher von Amtes wegen zu prüfen (*Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, Kapitel 7, Rz. 14).

a) Zur Thematik „Anfechtung von Prüfungsergebnissen“ liegen einige Gerichtsentscheide vor, welche jedoch ausnahmslos alle aus dem Bereich des öffentlichen Rechts stammen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Entscheide zur Beurteilung der vorliegenden Zivilstreitigkeit herangezogen werden dürfen. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass die Problematik - ein Prüfling ist mit der Bewertung seiner Prüfungsleistungen nicht einverstanden - in sämtlichen Fällen identisch ist. Dies gilt unabhängig davon, ob das Verhältnis zwischen dem Geprüften und der Ausbildungsinstitution nun nach den Normen des privaten oder des öffentlichen Rechtes zu beurteilen ist. Ist aber die Problematik dieselbe, so beurteilt sich auch die Frage des Rechtsschutzinteresses grundsätzlich nach übereinstimmenden Kriterien. Das Gericht gelangt deshalb zum Schluss, dass bezüglich der Frage des schutzwürdigen Interesses auch öffentlich-rechtliche Entscheide zur Entscheidungsfindung herangezogen werden können.

b) Vorauszuschicken ist, dass in denjenigen Fällen, in denen ungenügende Noten bzw. das Nichtbestehen einer Prüfung strittig sind, aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung das schutzwürdige Interesse in der Regel ausgewiesen sein dürfte. Im vorliegenden Verfahren geht es nun aber um die Anhebung von genügenden Noten, weshalb eingehend abzuklären ist, worin das Interesse der Klägerin an ihrem Antrag bestehen soll. Es gibt mehrere Entscheide, welche in ähnlich gelagerten Fällen ein schutzwürdiges Interesse klar verneinen. So hat beispielsweise der Schweizerische Schulrat in seinem Entscheid vom 19. Dezember 1980 ausgeführt, dass die vom Beschwerdeführer, einem ETHZ-Absolventen, bemängelte Note 4,5 für

dessen schriftliche Diplomarbeit eine genügende Note darstelle, so dass er durch diese Notengebung nicht beschwert und deshalb auch kein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung oder Änderung dieser Note habe (VPB 45 [1980], S. 194 ff.). Auch das Bundesgericht hat am 26. November 1992 ein aktuelles praktisches Interesse an der Anfechtung des ersten negativen Prüfungsentscheides verneint, nachdem der Beschwerdeführer die Anwaltsprüfung im zweiten Versuch bestanden hatte (BGE 118 Ia 488 ff.). Die Rekurskommission EVD hat in ihrem Beschwerdeentscheid vom 17. Dezember 1996 gar ausgeführt, eine Rechtswirkung habe lediglich die Gesamtnote, weil es unmöglich sei zu bestimmen, welche unter den einzelnen Noten zum Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung geführt habe (VPB 61 [1996], S. 371 ff.).

Dagegen hat der Universitätsrat der damaligen Hochschule St. Gallen am 20./21. August 1997 ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer schulischen Leistungsbeurteilung auch bei einer genügenden Leistung bejaht, wenn eine Person faktisch benachteiligt sei und die beantragte Aufbesserung geeignet sei, die Gesamtqualifikation anzuheben. Ausserdem bestehe ein Rechtsanspruch darauf, dass das zur Gesamtqualifikation führende Verfahren nicht verletzt wurde (SGGVP 1997, Nr. 64). Sogar für den gänzlichen Verzicht auf den Nachweis eines besonderen schutzwürdigen Interesses bei der Anfechtung von einzelnen Prüfungsnoten wie auch der (genügenden) Gesamtqualifikation spricht sich *Herbert Plotke* aus. Er argumentiert insbesondere damit, dass die einzelne Prüfungsnote oder auch die (genügende) Gesamtqualifikation unmittelbar das berufliche Fortkommen oder die weitere Ausbildung des Examinierten beeinflussen könne (ZBI 82/1981, S. 445 ff.).

Vorab ist festzustellen, dass die Klägerin keine konkreten Verfahrensfehler, welche die Notengebung massgeblich beeinflusst hätten, gerügt hat. Ihr Interesse an der Anhebung ihrer Noten begründet die Klägerin einzig damit, sie wolle bei einer Anstellung gute Noten vorweisen können. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Hinweis auf eine allfällige Stellenbewerbung bereits genügt, um ein schutzwürdiges Interesse an einer Klage zu begründen.

Zum klägerischen Rechtsbegehren ist zu bemerken, dass nach Ansicht des Gerichtes in objektiver Hinsicht bei einer Stellenbewerbung der Umstand vernachlässigbar ist, ob die Klägerin einen Berufsabschluss mit einer Endnote von 4,9 oder 5,25 vorweisen kann. Bei

einer solch marginalen Spannbreite handelt es sich lediglich um Nuancen, da sich beide Notenschnitte um die 5 herum bewegen. Hinzu kommt der Umstand, dass Noten sicherlich eine gewisse Bedeutung auf dem Arbeitsmarkt haben. Sie stellen jedoch für den Arbeitgeber nur ein Entscheidungskriterium aus einem ganzen Set von Kriterien, wie persönlicher Eindruck, Schulzeugnisse, Referenzen usw. dar. Zu bedenken ist ausserdem, dass die Klägerin mit keinem Wort näher ausgeführt hat, inwiefern sie im Falle einer Stellenbewerbung wegen ihrer Endnote 4,9 konkret beschwert sein soll. Zu denken wäre diesbezüglich etwa an spezielle Branchengepflogenheiten oder an eine langfristig schlechte Arbeitsmarktsituation usw. Hinzu kommt der allgemeine Umstand, dass aufgrund der Aktenlage heute ungewiss ist, ob sich die Klägerin überhaupt jemals auf eine Stelle in der fraglichen Branche bewerben wird. Konkrete Absichtserklärungen hat die Klägerin jedenfalls nicht dargetan.

Für das Gericht ist aber ausschlaggebend, dass die Klägerin selbst nicht behauptet, ihr sei wegen der erhaltenen Abschlussnoten das berufliche Fortkommen oder der Besuch einer Weiter- oder Zusatzausbildung verbaut. Die Notenanhhebung würde damit einzig „kosmetischen“ Zwecken und nicht praktischen Interessen dienen. Wie bereits erwähnt, hat die Klägerin als Grund für die geforderte Notenanhhebung einzig den (verständlichen) Wunsch geäussert, bei einer Anstellung gute Noten vorweisen zu können. Dieser Wunsch allein vermag aber aus den dargelegten Überlegungen und in Anlehnung an die aufgeführte Rechtsprechung das in Art. 99 ZPO geforderte rechtliche Interesse nicht zu erfüllen. Folglich ist mangels eines schutzwürdigen Interesses auf das klägerische Rechtsbegehren nicht einzutreten.

2. Weiter fordert die Klägerin die Rückerstattung des von der Beklagten für die Entgegennahme der Beschwerde eingeforderten Kostenvorschusses von Fr. 500.--. Im „Merkblatt für Beschwerden gegen die Punktevergabe/Korrektur der schriftlichen Abschlussprüfung“ ist vorgesehen, dass nach Beschwerdeeingang eine Aufforderung zur Einzahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 500.-- ergeht. Weiter steht in diesem Merkblatt, dass dieser Betrag bei Gutheissung der Beschwerde zurückerstattet wird. Die Klägerin hat auf entsprechende Aufforderung der Beklagten Fr. 500.-- überwiesen. Die von der Klägerin erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsrat als Beschwerdeinstanz der Beklagten am 9. Oktober 2001 abgewiesen und der

bereits geleistete Kostenvorschuss mit einer Entscheidunggebühr von Fr. 500.-- verrechnet.

a) Zunächst stellt sich die Frage nach der rechtlichen Grundlage für das Rückforderungsbegehren der Klägerin. Mit der Bezahlung von Fr. 500.-- durch die Beschwerdeführerin wurde ein sog. Vertrag *sui generis* abgeschlossen, konkret ein Vertrag auf Überprüfung von Noten. Dieser Vertrag ist nicht Teil des Ausbildungsvertrages, sondern ein selbständiger Vertrag. Die Folgen einer allfälligen Schlechterfüllung dieses Vertrages durch die Beklagte sind nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen der Art. 97 ff. OR zu beurteilen. Für den Nachweis einer Vertragsverletzung trägt die Klägerin die Beweislast (vgl. *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 60 zu Art. 97 OR). Das Gericht hat folglich zu prüfen, ob der Beschwerdeentscheid der Beklagten als unrichtig zu qualifizieren ist bzw. ob ihr eine allfällige Schlechterfüllung vorzuwerfen ist. Diesfalls wären, gestützt auf das erwähnte Merkblatt, dessen Inhalt von der Klägerin mit der Leistung des Kostenvorschusses akzeptiert worden ist, die Fr. 500.-- zurückzuerstatten.

b) Auch bei der Beurteilung des Beschwerdeentscheides vom 9. Oktober 2001 auf dessen allfällige Unrichtigkeit stellt sich vorab die Frage, ob auf die vorliegende Zivilrechtsstreitigkeit Grundsätze, welche im öffentlichen Recht entwickelt wurden, analog anwendbar sind (vgl. vorstehende Erw. 1, lit. a). In sämtlichen Entscheiden aus dem öffentlichen Recht, welchen die Thematik "Anfechtung von Prüfungsnoten bzw. das Nichtbestehen einer Prüfung" zugrunde liegt, prüft die jeweilige Beschwerdeinstanz Prüfungsnoten lediglich mit eingeschränkter Kognition. Diese Zurückhaltung wird einleuchtend beispielsweise in BVR 1999, S. 349 ff., damit begründet, dass der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle massgebenden Faktoren der Bewertung bekannt seien und es ihr in der Regel namentlich nicht möglich sei, sich über Leistungen des Beschwerdeführers und die Leistungen der anderen Kandidatinnen und Kandidaten ein zuverlässiges Bild zu machen. Besondere Schwierigkeiten würde die Nachprüfung überdies dann ergeben, wenn Notengebungen zu beurteilen seien, die sich auf mündliche Prüfungen beziehen würden. Sodann hat die Rekurskommission EVD am 8. Juni 2000 ausgeführt, sie hebe - ausser bei Verfahrensmängeln - einen Entscheid nur auf, wenn das Prüfungsergebnis materiell nicht mehr vertretbar erscheine, sei dies, weil die Prüfungsorgane in ihrer Beurteilung eindeutig zu hohe Anfor-

derungen gestellt hätten oder, ohne übertriebene Anforderungen zu stellen, die Arbeit des Kandidaten offensichtlich unterbewertet hätten (VPB 65 [2000], S. 608 ff.). Das Gericht ist der Ansicht, dass diese sachlichen Argumente für eine zurückhaltende Überprüfung von Examenleistungen "in der Natur der Sache liegen" und deshalb auch im vorliegenden Verfahren Anwendung finden müssen. Das Gericht beurteilt - in Anlehnung an die herrschende Lehre und Rechtsprechung im öffentlichen Recht - somit die Frage, ob der Beschwerdeentscheid der Beklagten als unrichtig bezeichnet werden muss, lediglich mit beschränkter Kognition.

c) Am Beschwerdeentscheid vom 9. Oktober 2001 fällt auf, dass dieser von der laut Auszug aus dem Handelsregister "zu zweien kollektivzeichnungsberechtigten" Verwaltungsratspräsidentin alleine unterzeichnet ist. Die Klägerin hat gegen diesen "Mangel" jedoch nicht protestiert, womit sie ihn akzeptiert hat. Darauf ist sie zu behaften.

d) Das Gericht hat sodann zu beurteilen, ob der Beschwerdeentscheid vom 9. Oktober 2001 als unrichtig zu bezeichnen ist, was zur Folge hätte, dass das klägerische Rechtsbegehren auf Rückerstattung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 500.-- gutzuheissen wäre. Die Klägerin hat in der Beschwerde an den Verwaltungsrat der Beklagten die Anhebung der mündlichen und schriftlichen Abschlussprüfungsnoten um je mindestens eine halbe Note und der Endnote um mindestens 0,35 Noten beantragt. Sie begründete ihr Begehren damit, dass sie in der schriftlichen Prüfung mindestens 6 Punkte zuwenig erhalten habe. Was die mündliche Prüfung betreffe, sei eine ausführliche Begründung erst nach Einsicht in die vollständigen Prüfungsunterlagen möglich. Sie sei jedoch in den letzten Semestern stets mit Noten zwischen gut und sehr gut qualifiziert worden.

Das Gericht prüft aus den in vorstehender lit. b aufgeführten Gründen die Frage, ob die strittigen Prüfungsergebnisse materiell vertretbar sind, mit beschränkter Kognition. Aus den Rechtsbegehren der Klägerin in der Beschwerde ihres Rechtsvertreters vom 20. April 2001 folgt, dass vor der schulinternen Beschwerdeinstanz eine "Bandbreite" von einer halben Note im Streit lag. In diesem kleinen Bereich muss nun aber nach Ansicht des Gerichtes dem Prüfungsexperten ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden. Dies zum einen deshalb, weil es sich bei den Fragen in der mündlichen und schriftlichen Prüfung nicht um simple Ja/Nein-Fragen gehandelt hat und zum anderen der Quervergleich mit den Antworten der anderen Prüflinge

fehlt. Erfahrungsgemäss können sich - dem Einzelnen scheinbar unerklärliche - Unterschiede in der Benotung unter anderem auch aus im Unterricht mündlich vermitteltem Lehrstoff ergeben. Zu bedenken ist sodann, dass ein hoher Anteil von guten bis sehr guten Prüflingen zu einer eher strengeren Bewertung führt, hingegen bei eher durchschnittlichen Leistungen eines Jahrganges die Bewertung milder ist. Unter diesen Gesichtspunkten und unter der Annahme, dass alle Prüflinge an der Abschlussprüfung im Dezember 2000 dieselben Bedingungen hatten, hat das Gericht keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei der Benotung der Abschlussprüfung der Klägerin ihr Ermessen missbraucht hätte. Der Entscheid der Beklagten vom 9. Oktober 2001, mit welchem die Beschwerde der Klägerin abgewiesen wurde, kann demzufolge nicht als unrichtig bzw. als Schlechterfüllung im Sinne von Art. 97 OR bezeichnet werden. Somit ist das Begehren der Klägerin auf Rückerstattung des Kostenvorschusses von Fr. 500.-- abzuweisen.

KGer, 4. Abt., 13.5.2002

3400

Mietvertrag. Fehlerhafte vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs des Mieters (Art. 257d Abs. 1, Art. 266a Abs. 2 OR)

Aus den Erwägungen:

Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter nach Art. 257d Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ansetzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis vorzeitig gekündigt werde. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Abs. 2). Im Verfahren bei der Vorinstanz war noch streitig, ob die Kündigung des Gesuchstellers vom 18. Januar 2002 die vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses bewirken konnte. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer ausserordentlichen Kündigung verneint, weil in

der Kündigungsandrohung vom 8. November 2001 nicht auf die Ausserordentlichkeit der angedrohten Kündigung hingewiesen worden war. Der Gesuchsteller hat diese zutreffende Auffassung der Vorinstanz in der Zwischenzeit akzeptiert. Er ist aber entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht der Ansicht, dass der festgestellte Mangel die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge habe, sondern dass seine Kündigung gemäss Art. 266a Abs. 2 OR auf den Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist ihre Wirkungen entfalte.

2. Die Parteien können nach Art. 266a Abs. 1 OR das unbefristete Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine kündigen. Halten sie die Frist oder den Termin nicht ein, so gilt die Kündigung für den nächstmöglichen Termin (Art. 266a Abs. 2 OR). Art. 266a OR gilt sowohl für die ordentliche wie die ausserordentliche Kündigung (*Peter Higi*, Zürcher Kommentar, Art. 266a OR, N. 47/48). Die Auslegungsregel von Art. 266a OR kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn die konkrete Kündigung gesetzliche oder vertragliche *Termine* oder *Fristen* falsch zum Ausdruck bringt. In diesen Fällen wird aufgrund der genannten Gesetzesbestimmung klargestellt, wann die Wirkungen der Kündigung eintreten sollen (*Peter Higi*, a.a.O., Art. 266a OR, N. 41). Damit die Auslegungsregel von Art. 266a OR zur Anwendung gelangt, muss jedoch eine gültige Kündigung vorliegen. Die Beendigungsgründe, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Empfänger erfüllt sein müssen, sind entweder vertraglicher oder gesetzlicher Art. Zu den gesetzlichen Beendigungsgründen gehört die vorzeitige Vertragsauflösung bei Zahlungsverzug des Mieters (*Peter Higi*, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR, N. 47 ff.). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die vom Gesuchsteller ausgesprochene Kündigung fehlerhaft gewesen ist, weil in der Ansetzung der Zahlungsfrist nicht auf die vorzeitige Kündigung hingewiesen worden war. Im Appellationsverfahren hat der Gesuchsteller nicht mehr bestritten, dass es an dieser Voraussetzung für die Auflösung des Mietverhältnisses gefehlt hat. Es ist somit nicht mehr umstritten, dass die Kündigung vom 18. Januar 2002 materiell fehlerhaft gewesen war. Die Rechtsfolge bei materiell fehlerhaften Kündigungen besteht in ihrer Wirkungslosigkeit von Anfang an (*ex tunc*). Solchermassen ungültige Kündigungen vermögen weder ein Mietverhältnis aufzulösen noch eine Tatsache zu schaffen, die anderweitige Rechtsfolgen bewirkt (*Peter Higi*, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR, N. 133, 135). Nachdem die Kündigung vom 18. Januar 2002, wie von der

Vorinstanz festgestellt und vom Gesuchsteller anerkannt, ungültig war, kommt Art. 266a OR nicht zur Anwendung. Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz als fehlerhaft erkannte Kündigung ungültig war, daher nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden konnte, weshalb das Mietverhältnis der Parteien noch besteht und die Gesuchsgegner nach wie vor berechtigt sind, im Mietobjekt zu wohnen. Die Vorinstanz hat das Ausweisungsbegehren des Gesuchstellers zu Recht abgewiesen.

OGP 26.7.2002

3401

Arbeitsvertrag. Ungültige Vereinbarung betreffend Überstunden. Ausbezahlung von Überstundenguthaben. Verwirkung der 30-tägigen Frist zur Geltendmachung einer Entschädigungsforderung durch den Arbeitgeber (Art. 15 Abs. 6 und Art. 33 L-GAV 98, Art. 337 d OR).

Sachverhalt:

Der Kläger war beim Beklagten seit dem 1. Oktober 2000 als Koch/Sous-Chef angestellt. Gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag vom 22. Oktober 2000 hatte er pro Woche 42 Arbeitsstunden zu leisten, wofür er mit Fr. 5'308.-- (inkl. Anteil 13. Monatslohn) brutto pro Monat entschädigt werden sollte. Die Parteien erklärten zudem den L-GAV 98 als ergänzendes Recht. In einem Zusatz zum Arbeitsvertrag legten die Parteien ausserdem schriftlich fest, der Arbeitnehmer habe die Arbeitszeit täglich abzustempeln und Überzeit nach Möglichkeit selbstständig zu kompensieren. Mit Schreiben vom 11. Februar 2002 sprach der Kläger die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Februar 2002 aus. Am 22. Februar 2002 arbeitete der Kläger letztmals für den Beklagten.

Aus den Erwägungen:

1. Zu entscheiden ist zunächst über die Überstundenforderung des Klägers.

a) Der Beklagte macht geltend, Ziffer 10 des Arbeitsvertrages sehe vor, dass keine Überstunden auszubezahlen seien.

Nach Art. 15 Abs. 6 L-GAV 98 (vgl. auch Art. 321c Abs. 3 OR) ist eine Vereinbarung betreffend Überstunden nur zulässig, wenn der Lohn mindestens Fr. 5'800.-- beträgt. Dies ist in casu nicht der Fall. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 15 Abs. 6 L-GAV 98 ist einzig der Betrag des Lohnes und nicht etwa die hierarchische Einstufung eines Arbeitnehmers massgebend. Also ist die Vereinbarung gemäss Ziffer 10 des Arbeitsvertrages ungültig (Art. 33 L-GAV 98, Art. 357 Abs. 2 OR). Folgedessen steht dem Kläger für nachgewiesene Überstunden nach Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 ein Anspruch auf eine Entschädigung im Rahmen von 125 % zu.

Überstunden sind nur dann auszubezahlen, wenn sie nicht kompensiert werden können.

Hier ist vorgängig über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrages zu entscheiden. Für die von ihm geltend gemachte mündliche Kündigung konnte der Kläger keine Beweise anbieten, weshalb als nicht erwiesen zu gelten hat, dass der Kläger am 29. Januar 2002 mündlich die Kündigung ausgesprochen hat. Bezüglich der am 11. Februar 2002 schriftlich erfolgten Kündigung ist festzustellen, dass der darin enthaltene Kündigungstermin (Ende Februar 2002) Ziffer 4 des Arbeitsvertrages verletzt. Am 11. Februar 2002 konnte der Kläger erst per Ende März 2002 künden. Nach Lehre und Rechtsprechung wird eine solche Kündigung als auf den nächsten Termin gültig umgedeutet (*Streiff/von Kaenel*, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1993, N. 7 zu Art. 335 OR; *Manfred Rehbinder*, Berner Kommentar, N. 15 zu Art. 335 OR). Für einen Aufhebungsvertrag per Ende Februar 2002 liegen keine Indizien vor. Aus dem Stillschweigen des Beklagten kann jedenfalls nicht auf eine Zustimmung geschlossen werden. Der Kläger ist bereits vor dem ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zur Arbeit erschienen. Es liegt damit ein Fall des fristlosen Verlassens der Arbeitsstelle vor. Damit ist von einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Ende Februar 2002 auszugehen.

Nachdem das Arbeitsverhältnis bereits per Ende Februar 2002 endete, war es dem Kläger nicht mehr möglich, im März 2002 zu kompensieren, wie dies der Beklagte zu verlangen scheint. Aus dem Umstand, dass der Kläger seine Überstunden nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt kompensiert hat, wie dies nach dem Arbeitsvertrag wohl seine Pflicht gewesen wäre, kann der Beklagte ebenfalls nichts für sich ableiten, weil er es seinerseits versäumt hat, trotz des aus den

Stempelkarten berechenbaren Überzeitsaldos den Kläger zur Kompensation anzuhalten.

2. Widerklageweise macht der Beklagte einen Betrag von Fr. 4'525.-- geltend.

a) Es ist bereits unter Erwägung 1, lit. b, dargelegt worden, dass der Kläger bereits vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zur Arbeit erschienen und damit einen Fall des „ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle“ im Sinne von Art. 337d OR gesetzt hat. Nach Absatz 1 der eben genannten Bestimmung hat der Arbeitgeber in einem solchen Fall Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht; ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens.

b) Nach Abs. 3 von Art. 337d OR verwirkt der Anspruch auf Entschädigung, wenn er nicht innert 30 Tagen seit Verlassen der Arbeitsstelle geltend gemacht wird. Nach Lehre und Rechtsprechung betrifft die Verwirkung nur den Lohnviertel (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 8 zu Art. 337d OR). Ein „normaler“ Schadenersatzanspruch kann auch nach Ablauf der Frist geltend gemacht werden; dann allerdings mit den üblichen Beweislastregeln. Insbesondere trifft den Arbeitgeber für den vollen Betrag die Beweislast, nicht nur für den einen Viertel Monatslohn übersteigenden Teil (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 8 zu Art. 337d OR).

In casu hat der Kläger seine Stelle Ende Februar 2002 verlassen. Mit der erst am 20. April 2002 erhobenen Widerklage auf Schadenersatz hat der Beklagte die Frist gemäss Art. 337d Abs. 3 OR offensichtlich nicht gewahrt. Folglich steht ihm kein Anspruch auf den Lohnviertel zu. Zu prüfen sind aber die übrigen vom Beklagten eingeklagten Schadenspositionen.

c) Trotz Aufforderung hat es der Beklagte unterlassen, seine Kosten für die kurzfristige Suche eines Nachfolgers für den Kläger nachzuweisen (im Recht liegt lediglich eine Kopie eines Stelleninserates). Die Forderung von Fr. 500.-- ist deshalb ohne weiteres abzuweisen. Nur am Rande sei erwähnt, dass in der Lehre umstritten ist, ob Inseratkosten zum Schaden zu zählen sind oder nicht (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 4 zu Art. 337b OR und N. 6 zu Art. 337d OR).

d) Grundsätzlich zu ersetzen sind dagegen Mehrkosten, die durch Überstunden der übrigen Angestellten entstehen (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 6 zu Art. 337d OR). Auch diese Mehrkosten sind aber nachzuweisen. Durch die von ihm eingereichten Kopien von Zeiter-

fassungskarten des März 2002 hat der Beklagte den Nachweis von Mehrkosten nicht erbracht. Denn es ist völlig offen, wie viele Stunden die übrigen Angestellten vor dem Weggang des Klägers üblicherweise gearbeitet haben. Einfach auf die Überstunden abzustellen, geht nicht an, weil die Ursache der Überstunden unbekannt ist.

e) Es ergibt sich somit, dass die Widerklage abzuweisen ist.

KGP 28.6.2002

3402

Vertrag auf Erstellung, Verwaltung und Pflege einer Website.

Anwendung der Bestimmungen über den Werkvertrag. Dispositive Natur des Rücktrittsrechts nach Art. 377 OR.

Sachverhalt:

Die Klägerin betreibt im Internet unter der Adresse www.a-top.ch ein Branchenverzeichnis. Am 19. November 1999 schlossen die Parteien einen Vertrag ab, worin die Beklagte eine Website im Internet bestellte. Die Klägerin verpflichtete sich darin, der Bestellerin ihre Datenbank und Infrastruktur zur Verfügung zu stellen und deren Daten für Online-Benützer zum Abruf bereitzuhalten. Die Beklagte sollte für eine Laufdauer von 60 Monaten einen Betrag von Fr. 3'117.50 (inkl. Mehrwertsteuer) bezahlen, zahlbar in zwei Raten. Mit den Rechnungen für die Ratenzahlungen wurde der Beklagten am 17. Dezember 1999 auch eine Korrekturvorgabe zugestellt. Die Beklagte brachte am 20. Dezember 1999 Korrekturen an. Mit Schreiben vom 23. Februar 2000 erklärte die Beklagte die Kündigung des Vertrages mit der Begründung, sie fühle sich durch den Mitarbeiter der Klägerin betrogen und der im Internet abrufbare Eintrag weise mehrere Fehler auf. Diese Kündigung wurde von der Klägerin nicht akzeptiert. Stattdessen forderte sie die Beklagte am 3. bzw. 10. März 2000 schriftlich auf, die bereits zugestellte Fassung des Eintrages nochmals innert 5 Tagen zu prüfen, andernfalls dieser als genehmigt gelte. Die Beklagte verweigerte jedoch weitere Korrekturen und jegliche Zahlungen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin bezeichnet den abgeschlossenen Vertrag als „Werkvertrag“. Die rechtliche Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts ist dem Parteiwillen jedoch entzogen und erfolgt von Amtes wegen (BGE 99 II 313, 84 II 496 E. 2).

a) Beim blossen Überlassen von Speicherkapazität ist von einem mietsähnlichen Verhältnis auszugehen (*Rolf H. Weber*, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, S. 354 und 522). Hingegen überwiegen werkvertragliche Elemente, wenn der Vertragsinhalt über das Bereithalten von Speicher- und Leitungskapazität hinaus die Produktion und die Pflege einer Website umfasst (*Rolf H. Weber*, a.a.O., S. 354 und S. 522). Ein reiner Werkvertrag liegt vor, wenn ein Dritter ausschliesslich mit der Entwicklung und Realisierung einer Website beauftragt wird (*Markus Dill*, Internet-Verträge, AJP 2000, S. 1521).

b) Im vorliegend zu beurteilenden Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, nach den Wünschen der Beklagten einen Web-Eintrag herzustellen, der dann im Verzeichnis „a-top.ch“ der Klägerin gespeichert und Dritten zugänglich gemacht werden sollte. Die Verwaltung und Pflege der Website während der fünfjährigen Vertragsdauer sollte durch die Klägerin erfolgen. Die Beklagte verpflichtete sich demgegenüber zur Leistung einer Vergütung an die Klägerin.

Bei allen Verpflichtungen der Klägerin stand oder steht ein erfolgsbezogenes Tätigwerden im Vordergrund. Es drängt sich deshalb auf, den Vertrag vom 19. November 1999 den werkvertraglichen Regelungen zu unterstellen.

2. Unter anderem macht die Beklagte geltend, sie habe den Vertrag am 23. Februar 2000 gekündigt.

a) Art. 377 OR sieht für den Werkvertrag ein Rücktrittsrecht auch ohne besondere Gründe vor. Umstritten ist, ob dieses Rücktrittsrecht zwingender oder dispositiver Natur ist (offengelassen in BGE 117 II 276 = BR 1992, S. 98, und unpublizierte E. 3b von BGE 114 I 53 = Pra. 1988, S. 630; vgl. Hinweise bei *Zindel/Pulver*, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 20 zu Art. 377 OR). Bei Werkverträgen sowie dem hier vorliegenden Vertrag mit werkvertraglichen Elementen besteht keine so enge Bindung zwischen den Parteien wie z.B. beim Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR, wo sich die zwingende Natur des Widerrufsrechts durchaus rechtfertigt (vgl. dazu BGE 109 II 467, 115 II 466). Eine Einschränkung des Rücktrittsrechts auf Seiten der Beklagten erscheint hier nicht als Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27

ZGB), zumal die lange Dauer auch von beiden Parteien bewusst gewollt war. Ein solcher Dauervertrag soll nicht so ohne Weiteres von einer Partei aufgelöst werden können, und der Werkunternehmer hat berechnete Interessen, sich dagegen mit einer entsprechenden Vereinbarung im Vertrag absichern zu können. *Peter Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 597, lässt bei Dauer-Werkverträgen ebenfalls nur die Auflösung aus wichtigem Grund zu. Die dispositive Natur des Rücktrittsrechts i.S.v. Art. 377 OR ist deshalb zu befürworten. Auch der Einzelrichter des Obergerichtes hat in einem Entscheid vom 24. Januar 1997 (Proz. Nr. 76/96) Art. 377 OR als nicht zwingend qualifiziert. Demgemäss sind die Parteien frei, die Modalitäten eines Rücktritts des Bestellers besonderen Regelungen zu unterwerfen.

b) Gemäss Ziff. 7 des Vertrages vom 19. November 1999 ist ein Rücktritt vom Vertrag seitens der Bestellerin nur bis zum Versand (Poststempel) der Korrekturunterlagen durch „a-top.ch“ möglich. Die Beklagte gab zu, die Vorlagen vom 17. Dezember 1999 sowie vom 7. Januar 2000 erhalten zu haben. Die Kündigung vom 23. Februar 2000 ist deshalb zu spät erfolgt.

c) Art. 377 OR enthält zudem das Recht, die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund zu verlangen (*Peter Gauch*, a.a.O., Rz. 567). Dies ist auch bei der Miete als ausserordentlicher Kündigungsgrund in Art. 266g Abs. 1 OR festgehalten. Beide Bestimmungen sind zwingend, d.h. auf sie kann nicht im Voraus verzichtet werden (vgl. BGE 89 II 35 f.; *Peter Gauch*, a.a.O., Rz. 583), und verlangen, dass die wichtigen Gründe die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen (vgl. für den Werkvertrag: BGE 69 II 143; *Zindel/Pulver*, a.a.O., N. 9 zu Art. 377 OR; für den Mietvertrag: *Weber/Zihlmann*, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 2 zu Art. 266g OR). Ein solcher wichtiger Grund bzw. die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Vertragsverhältnisses ist jedoch von der Beklagten weder behauptet noch nachgewiesen worden und ergibt sich auch nicht aus den Akten.

Weitere Möglichkeiten, den Vertrag frühzeitig aufzulösen, bestehen im vorliegenden Fall nicht. Die von der Beklagten geltend gemachte Kündigung muss demnach unbeachtlich bleiben und der Vertrag ist deshalb zu erfüllen. Die Beklagte hat der Klägerin die vertraglich vereinbarte Summe von Fr. 2'900.--, zuzüglich der Mehrwertsteuer von Fr. 217.50, zu bezahlen.

KGP 10.4.2002

2.2. Strafrecht

3403

Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde. Fahrlässigkeit. Prüfung, inwieweit verschiedenen an einem Bau beschäftigten Personen, konkret dem Bauleiter und Projektverfasser sowie dem Inhaber einer Firma für Schreinerei und Innenausbau bzw. Lehrmeister, eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit vorgeworfen werden kann.

Sachverhalt:

Auf der Baustelle der Überbauung L. in G. waren am 29. Februar 2000 Arbeiter der Firma N., Schreinerei und Innenausbau, damit beschäftigt, ein Einfamilienhaus aufzurichten, wobei ein Verfahren mit vorfabrizierten Elementen Anwendung fand. Die Bauführung oblag dem Polier E. Die gewählte Bauweise bedingte, dass das Baugerüst zum Voraus erstellt wurde, was durch die Firma F., Bedachungen, unter der Leitung des Vorarbeiters X. geschah. Das Bauprojekt war von K. von der K. Generalbau GmbH verfasst worden, der auch die Bauleitung innehatte.

Bedingt durch einen Balkonvorbau entstand im Laufe der Arbeiten eine trapezförmige, ca. 1.3 m grosse Öffnung zwischen dem Balkon im Obergeschoss und dem Gerüst. Als sich der Erstjahr-Lehrling G. im Laufe des Nachmittags vom Balkon auf den seitlichen Gerüstgang begeben wollte, stiess er mit dem Kopf an eine Dachpfette, wodurch er zurückgehalten wurde und durch die erwähnte Öffnung auf eine ca. 2.5 m tiefer gelegene Betonplatte und von dort auf einen nochmals ein Geschoss tiefer liegenden Lichtschacht stürzte. Der Verunfallte wurde durch die Rega ins Kantonsspital St. Gallen überführt. Die ärztliche Untersuchung in der Klinik für Neurochirurgie ergab glücklicherweise keine gravierenden Verletzungen. Es wurden lediglich eine Knieprellung rechts, eine Hüftprellung links und eine Hirnerschütterung festgestellt.

Mit von der Staatsanwaltschaft bestätigter Überweisungsverfügung des Verhörortes erfolgte die Leitung von N., Inhaber der Schreinerei und Lehrmeister des Verunfallten, K., Architekt und Projektverfasser, sowie X., Vorarbeiter des Gerüstbauers, an das Kantonsgericht zur

gerichtlichen Beurteilung wegen fahrlässiger Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde im Sinne von Art. 229 Abs. 2 StGB. Das Kantonsgericht sprach alle drei Angeklagten frei. Die Staatsanwaltschaft hat gegen die Freisprüche von N. und K. appelliert. Das Obergericht spricht N. ebenfalls frei, was K. angeht, gelangt es zu einem Schuldspruch.

Erwägungen:

Nach Art. 229 Abs. 2 StGB macht sich der Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde schuldig, wer fahrlässig bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet. Zum Bauwerk im Sinne von Art. 229 StGB gehören auch Hilfskonstruktionen z.B. Gerüste; eine feste Verbindung mit dem Boden ist nicht erforderlich (*Stefan Trechsel*, Kurzkomentar StGB, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 229, N. 2 f.). Dies ist vorliegend auch nicht bestritten, ebenso wenig wie der Umstand, dass das Gerüst wegen der entstandenen Öffnung nicht den Sicherheitsvorschriften entsprach, hier der bundesrätlichen Verordnung vom 8. August 1967 über die Verhütung von Unfällen bei Bauarbeiten, welche den am Unfalltage geltenden Stand der allgemein gültigen Regeln der Baukunde konkretisierte. Dass das vorschriftswidrige Gerüst zu einer Gefährdung der am Bau Beschäftigten geführt hat, ist beim Sturz des Lehrlings G. manifest geworden und wurde von der Vorinstanz ebenfalls zutreffend bejaht. Ob den Verunfallten wegen unvorsichtigen Verhaltens ein Selbstverschulden trifft, ist irrelevant, da sich der Tatbestand der Gefährdung objektiv bereits mit der Vorschriftswidrigkeit des Gerüstes erfüllt hat.

Die hier zu entscheidende Frage ist, ob die Angeklagten der Vorwurf trifft, allgemein gültige Vorschriften zur Vermeidung einer solchen Gefährdung ausser acht gelassen zu haben.

a) Der Angeklagte K. war nach seinen eigenen Aussagen mit der Bauleitung betraut. Nach hier geltender Rechtsauffassung hatte er deshalb zu kontrollieren, ob die unmittelbar zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Baukunde Verpflichteten diese Regeln auch tatsächlich befolgen (ZR 67/1968, S. 224 unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 9. Juli 1964). Nach schweizerischen Gegebenheiten ist anzunehmen, dass der Architekt als Bauleiter im Sinne von Art. 229 StGB verantwortlich ist. In der SIA-

Ordnung 118, Art. 104, wird neben dem Unternehmer ausdrücklich auch der Bauleiter verpflichtet, die Sicherheit der am Bauwerk Beschäftigten zu gewährleisten (*Gauch/Tercier*, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Fribourg 1995, N. 1810).

Der Angeklagte, der übrigens gemäss Handelsregister über die K. Architektur und Immobilien GmbH zu 100% Eigentümer der K. Generalbau GmbH ist, hat sich für die Elementbauweise entschieden. Als Projektverfasser musste ihm deshalb klar sein, dass gerade im Laufe der Aufrichtarbeiten im Bereich des Balkons vorschriftswidrige und damit gefährliche Gerüstabstände entstehen würden. Da sich dies infolge des Zusammenwirkens zweier Unternehmen so ergab, traf ihn die Pflicht zur Koordination. Er hätte deshalb in dieser kritischen Bauphase mit besonderer Umsicht vorgehen müssen. Nach Auffassung des Gerichtes erforderte dies an diesem Tage mehr als nur einen zweimaligen Baustellenbesuch. Insbesondere hätte er den Gerüstbauer konkret anweisen müssen, die gefährliche Stelle unverzüglich zu sichern. Das blosses Übergeben der Fassadenpläne an die Gerüstbaufirma genügte nicht.

Der Angeklagte ist deshalb im Sinne der Anklage der fahrlässigen Verletzung von Regeln der Baukunde im Sinne von Art. 229 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

b) Diesen Vorwurf der ungenügenden Beaufsichtigung und Koordination kann man dem Unternehmer N. gegenüber nicht erheben. Er hat seine Leitungsfunktionen dem Polier E. übergeben. Dieser konnte im Laufe des Baufortschrittes bemerken, dass im Bereich des Balkons sich eine Gerüstlücke auftat. Es wäre an ihm gewesen, allenfalls dafür zu sorgen, dass das vorschriftswidrige Gerüst bis nach der erfolgten Anpassung durch den Gerüstbauer nicht benützt wurde oder dass eine entsprechende Sicherung angebracht wurde. Indem die Staatsanwaltschaft auf eine Anklage gegenüber E. verzichtet hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass dessen Verhalten aus strafrechtlicher Sicht unbedenklich war. Umso weniger kann dem Angeklagten N. vorgeworfen werden, er hätte es in pflichtwidriger Weise unterlassen, das Nötige vorzukehren, dass der gefährliche Zustand unverzüglich beseitigt wurde.

Nach der von der Staatsanwaltschaft in der Appellationserklärung vertretenen Auffassung trifft den Angeklagten N. denn auch nicht dieser Vorwurf. Vielmehr wird ihm angelastet, dass er als verantwortlicher Lehrmeister den Lehrling G. mangelhaft über das Verhalten auf

dem Gerüst instruiert habe, worauf er gerade wegen der Persönlichkeit von G. vermehrt hätte achten müssen. Die Vorinstanz hat zu Recht ausgeführt, dass es am Beweis dafür fehle, dass der Lehrling G. nicht grundsätzlich über das Verhalten auf Gerüstgängen hingewiesen worden sei. Im konkreten Fall hätte es, wenn es einer Mahnung bedurft hätte, des Aktivwerdens des auf der Baustelle anwesenden Poliers E. bedurft. Um das gefährliche Verhalten des Lehrlings zu unterbinden, brauchte es keine besondere Qualifikation als Lehrlingsausbildner, da das Herumspringen auf Baugerüsten von derart evidenter Gefährlichkeit ist, dass dies auch dem Nichtfachmann ohne weiteres einleuchtet. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft erübrigen sich deshalb schriftliche Richtlinien und Anordnungen des Lehrmeisters.

Aufgrund des Gesagten ist der Angeklagte N. vom Vorwurf der fahrlässigen Verletzung von Regeln der Baukunde im Sinne von Art. 229 Abs. 2 StGB freizusprechen.

OGer 30.4.2002

3404

Grobe Verletzung einer Strassenverkehrsregel, Strafzumessung.

Die Strafzumessung darf sich nicht an einem einzelnen Tatumstand orientieren, sondern hat alle tat- und täterrelevanten Umstände zu berücksichtigen. Zulässigkeit einer kantonalen Praxis, welche diesen Vorgaben Rechnung trägt.

Sachverhalt:

Am Auffahrtstag, 24. Mai 2001, 09.49 Uhr, stellte die Kantonspolizei von Appenzell A.Rh. anlässlich einer Geschwindigkeitskontrolle mit dem Radargerät Multanova LTI 20.20 fest, dass das von X. gelenkte Motorrad die Messstelle in Z. mit einer Geschwindigkeit von 125 km/h passiert hatte. Die fragliche Strecke liegt ausserorts auf der Kantonsstrasse, welche G. mit A. verbindet, und unterliegt demnach der Beschränkung der Höchstgeschwindigkeit auf 80 km/h. Nach Abzug der Toleranzmarge von 4 km/h beträgt die Geschwindigkeitsüberschreitung 41 km/h.

Unbestritten ist, dass X. sich damit einer groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig gemacht hat. Auf Appellation des Angeklagten hin bestätigte das Obergericht die 3-tägige Gefängnisstrafe sowie die Busse von Fr. 1'100.--.

Erwägungen:

Bei der Strafzumessung ist von der Strafdrohung des Art. 90 Ziff. 2 SVG auszugehen, die auf Gefängnis oder Busse lautet. Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bemisst der Richter die Strafe des Täters nach dessen Verschulden, wobei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten zu berücksichtigen sind (Art. 63 StGB). Ist wahlweise Freiheitsstrafe oder Busse angedroht, so kann der Richter in jedem Falle die beiden Strafen verbinden (Art. 50 Abs. 2 StGB).

Dem Angeklagten ist insofern Recht zu geben, als die Strafe nicht bloss aufgrund des Ausmasses der begangenen Geschwindigkeitsüberschreitung festgesetzt werden darf, sondern dass stets die gesamten tat- und täterrelevanten Umstände zu berücksichtigen sind. Eine reine Zahlenjustiz würde dem Grundsatz des Verschuldensstrafrechts widersprechen. Dass das Verhöramt bei seiner Strafverfügungspraxis nach einem gewissen Schematismus verfährt, ist nicht zu beanstanden. Bei der Strafverfügung handelt es sich um einen Erledigungsvorschlag in einem einfachen und vor allem kostengünstigen Verfahren. Diesen kann ein Angeschuldigter akzeptieren, oder er hat, wenn er die besonderen Umstände seines Falles gewürdigt haben will, durch Einsprache die Durchführung des ordentlichen gerichtlichen Verfahrens zu bewirken.

Das Kantonsgericht hat vorliegend nicht allein aufgrund des Umstandes, dass der Angeklagte eine massive Geschwindigkeitsüberschreitung beging, eine Freiheitsstrafe ausgefällt. Vielmehr ist es aufgrund einer Würdigung der konkreten Gegebenheiten zum Schluss gelangt, dass es sich bei der Verfehlung des Angeklagten nicht um ein leichtes Verschulden handelt. Ein Fahrzeug, das mit einer Geschwindigkeit verkehrt, die um über 50% über der zulässigen Höchstgeschwindigkeit liegt, stellt auf einer durch Landwirtschaftsgebiet führenden Strasse eine nicht unerhebliche Gefahr dar. Wegen der zahlreichen einmündenden Nebenstrassen und Hofzufahrten und eines nahegelegenen Reitzentrums muss auf der vom Angeklagten durchrasten Strecke nebst dem normal zirkulierenden Verkehr auch mit

landwirtschaftlichen Fahrzeugen, Tieren, Reitern und Velofahrern gerechnet werden. Weiter führt längs der Strasse das Trasse der Appenzellerbahn mit mehreren Haltestellen, so dass besonders an einem Auffahrtsvormittag auch vermehrt Wanderer verkehren konnten. Die Behauptung des Angeklagten, dass überhaupt kein Verkehr geherrscht habe, lässt sich, da der Polizeirapport keine diesbezüglichen Feststellungen enthält, weder widerlegen noch bestätigen, ist aber aufgrund allgemeiner Erfahrung als unzutreffend abzulehnen. Erschwerend ist schliesslich, dass der Angeklagte, auf seiner Probefahrt noch eine Soziusfahrerin mit sich führte, welche er durch sein Verhalten gefährdet hat.

Der Einwand der Verteidigung, das Verschulden des Angeklagten sei leicht, weil bereits die Betätigung des Gasgriffs um einen Millimeter zu einer Geschwindigkeitserhöhung von 50 km/h führe, ist nicht stichhaltig. Der Angeklagte befand sich nicht am Anfang seiner Fahrt, sondern hatte, wenn er das Beschleunigungsvermögen nicht schon vor dem Fahrtantritt getestet hatte, bis zur Messstelle hinreichende Möglichkeit entsprechende Feststellungen zu machen.

Weiter ist der Hinweis der Verteidigung auf die angeblich mildere Praxis des Kantons St. Gallen, wonach erst bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung über 51 km/h eine Gefängnisstrafe ausgesprochen werde, unbeachtlich. Bei der Strafzumessung handelt es sich um eine wesentlich vom Ermessen geprägte Aufgabe des Richters. Es liegt deshalb in der Natur der Sache, dass sich bei den verschiedenen Gerichten eine unterschiedliche Praxis bei einer bestimmten Fallgruppe herausbildet. Im Übrigen hat das Kantonsgericht im angefochtenen Entscheid ausgeführt, dass die ausserrhodische Praxis keineswegs singulär ist und dabei auf das Beispiel des Kantons Bern verwiesen. Damit setzt sich die Appellation nicht weiter auseinander. Entscheidend muss sein, dass sich die Strafzumessung nicht an einem einzelnen Tatumstand orientiert, sondern dass alle tat- und täterrelevanten Umstände berücksichtigt werden. Aus diesem Grunde kann der Angeklagte auch nichts aus den zitierten Bundesgerichtsurteilen (BGE 121 IV 230 und 122 II 228) ableiten, wenn er sich, ohne sich mit sämtlichen Umständen auseinander zu setzen, auf den Hinweis beschränkt, dort sei für eine Geschwindigkeitsüberschreitung von einer bestimmten Höhe lediglich eine Busse ausgesprochen worden.

Die Vorinstanz hat zugunsten des Angeklagten seinen guten Leumund berücksichtigt. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Gefängnisstrafe von drei Tagen weist die kürzeste nach Gesetz mögliche Dauer auf (Art. 38 StGB), womit zum Ausdruck gebracht ist, dass das dem Angeklagten zum Vorwurf gemachte Verhalten als leichtes Vergehen einzustufen ist. Des weiteren erweist sich die ausgesprochene Busse mit Fr. 1'100.-- angesichts des sich auf Fr. 3'800.-- belaufenden monatlichen Nettoverdienstes des ledigen Angeklagten als angemessen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz, auf deren Erwägungen im Übrigen verwiesen wird, den Angeklagten zu Recht zu einer Gefängnisstrafe von drei Tagen und einer Busse von Fr. 1'100.-- verurteilt hat.

OGer 9.7.2002

3405

Beweiswürdigung. Mangelhafte Verkehrssperrung (Tour-de-Suisse-Etappe). Frage nach dem Opportunitätsprinzip. Im Zweifel ist auf den für den Angeklagten günstigeren Sachverhalt abzustellen. Sehr geringes Verschulden (Art. 20 Ziff. 1 StPO).

Sachverhalt:

Im Rahmen der Tour-de-Suisse-Durchfahrt in W. kam es am Freitag, 22. Juni 2001 zu Strassensperrungen durch die Polizei. So wurde namentlich auch die sog. „Hirschen-Kreuzung“ für den Verkehr aus Richtung H. durch ein Gitter abgesperrt. Dadurch bildete sich eine stehende Fahrzeugkolonne, an welcher der Angeklagte, der von H. Richtung U. unterwegs war, vorbeifuhr. Der beim Absperrgitter postierte Polizeibeamte verzeigte in der Folge den Angeklagten wegen diverser Verkehrsregelverletzungen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss Art. 35 Abs. 2 SVG ist das Überholen und Vorbeifahren an Hindernissen nur gestattet, wenn der nötige Raum übersichtlich und frei ist und der Gegenverkehr nicht behindert wird. Im Kolonnenverkehr darf nur überholen, wer die Gewissheit hat, rechtzei-

tig und ohne Behinderung anderer Fahrzeuge wieder einbiegen zu können. Die von der Vorinstanz unter Hinweis auf *Giger/Simmen*, Strassenverkehrsgesetz, 5. Aufl., Zürich 1996, S. 85 gegebene Definition des Vorbeifahrens im Unterschied zum Überholen ist zutreffend. Beizupflichten ist weiter der Feststellung, dass der Unterschied für die strafrechtliche Beurteilung unerheblich ist, weil die gleiche Verhaltensregel zu beachten ist.

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass bei der Abzweigung Sch. der Hinweis auf die Sperrung der Strassenstrecke W.-H. angebracht war, während die Strecke W.-H. lediglich mit dem Gefahrensignal „Polizei“ (Triopan) ausgestattet war. Für den Angeklagten folgte daraus nach Auffassung des urteilenden Gerichts noch nicht ohne weiteres die Pflicht, hinten an die zu jenem Zeitpunkt ca. 10 Fahrzeuge zählende Kolonne anzuschliessen. Er beging keine Pflichtverletzung, wenn er, ohne den Gegenverkehr zu behindern, an dieser vorbeifuhr, um beispielsweise auf einem der linksseitigen Abstellplätze auszustellen. Er konnte die Länge der Kolonne überblicken und überdies bei Bedarf auf einem Abstellplatz ausstellen, wenn es die Situation erfordert hätte. Auch hält das Gericht eine Behinderung des Gegenverkehrs für objektiv unmöglich, da dieser gesperrt war.

Im Übrigen vermögen vorliegend die für eine planbare Verkehrssperrung getroffenen Massnahmen zu Gunsten eines örtlich und zeitlich im Voraus bestimmten grösseren Anlasses, wie einer Radrundfahrt mit dem üblichen Begleittross, das Gericht im Falle der Hirschenkreuzung nicht zu überzeugen. Eine längere Kolonnenbildung war absehbar, so dass zweckmässigerweise am Kolonnenende eine Person für Anweisungen und Informationen betreffend Dauer und allfällige Umfahrungsmöglichkeiten hätte postiert werden sollen. Damit hätte vermieden werden können, dass Verkehrsteilnehmer, welche die in der Kolonne stehenden Fahrzeuge als parkiert interpretierten, weil deren Insassen teilweise ausgestiegen waren, zur Spitze vorfuhr. Auf jeden Fall ginge es nicht an, den Angeklagten deswegen zur Verantwortung zu ziehen, weil er als erster nach vorn fuhr, während die nachfolgenden Fahrzeuglenker nicht verzeigt wurden, wie dies der Appellant behauptet. Es ist nachvollziehbar, dass eine unerwartete Verkehrssperre aus dem hier gegebenen Anlass für einen eiligen oder mit den konkreten Gegebenheiten nicht vertrauten Verkehrsteilnehmer zum Ärgernis werden kann. Deshalb erscheint mit dem Einsatz strafrechtlicher Mittel eine gewisse Zurückhaltung angezeigt und es

lässt sich fragen, ob vorliegend durch den Untersuchungsrichter nicht das Verfahren aus Gründen der Opportunität hätte eingestellt werden sollen (Art. 20 Ziff. 1 StPO).

Der Angeklagte ist demgemäss vom Vorwurf der Übertretung von Art. 35 Abs. 2 SVG freizusprechen.

b) Weiter wird dem Angeklagten vorgeworfen, eine vor der Fussgängerschutzinsel angebrachte Sperrfläche überfahren und dadurch Art. 27 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 78 SSV übertreten zu haben. Nach dem Verzeigungsrapport gab der Polizeibeamte dem links an der Kolonne vorfahrenden Angeklagten ein Haltezeichen, das dieser nicht beachtet und seinen Wagen schliesslich auf der Sperrfläche abgestellt hat. Der Angeklagte bestreitet dies und gibt an, die Sperrfläche auf Anweisung des Polizisten überfahren zu haben. Den Aussagen des verzeigenden Polizeibeamten sind hierzu keine beweiskräftigen Angaben zu entnehmen. Aufgrund des oben Ausgeführten und nachdem der Verhörrichter in diesem Zusammenhang den Beweis betreffend Missachtung des Haltezeichens bereits als nicht erbracht betrachtet und diesbezüglich auf eine Anklage verzichtet hat, rechtfertigt sich auch hinsichtlich des Befahrens der Sperrfläche ein Freispruch.

c) Sodann trifft den Angeklagten der Vorwurf, nach dem Aufheben der Sperrung nach links in Richtung U. abgebogen zu sein, ohne die Richtungsänderung angezeigt und dadurch gegen Art. 39 Abs. 1 lit. a SVG verstossen zu haben. Auch in diesem Punkt sind die Sachdarstellungen des rapportierenden Polizeibeamten und des Angeklagten kontrovers. Ersterer gibt an, die Richtungsanzeige sei nicht erfolgt; der Angeklagte behauptet, den Blinker gestellt zu haben, während der Polizeibeamte die Weiterfahrt nicht beobachtet hat. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen geht das Gericht auch hier im Zweifel von dem für den Angeklagten günstigeren Sachverhalt aus und gelangt folglich zu einem Freispruch.

d) Gemäss Art. 37 Abs. 3 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 der Verkehrsregelnverordnung (SR 741.11) hat der Führer das Fahrzeug vor dem Verlassen zu sichern, namentlich den Motor abzustellen. Dieser Sachverhalt kann durch die entsprechende Zugabe des Angeklagten als erstellt gelten. Das Gericht hält indessen angesichts der besonderen Situation das Verschulden als derart gering, dass sich im Sinne von Art. 20 Ziff. 1 StPO eine Strafverfolgung nicht rechtfertigt. Der Angeklagte wollte vom Polizeibeamten Auskunft erhalten,

worauf sich dann eine längere, zum Teil offensichtlich gehässige Diskussion entwickelte. Es geht indes nicht an, Mängel im zwischenmenschlichen Umgang, wo immer auch die Schuld hieran gelegen haben mag, zum Anlass eines Strafverfahrens zu nehmen.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Angeklagten von Schuld und Strafe freizusprechen ist.

OGer 26.11.02

3406

Beweiswürdigung. Beteiligung des Fahrzeuges des Angeklagten an einem Unfall nicht erhärtet (Art. 25 und Art. 166 Abs. 1 StPO, Art. 51 Abs. 3 SVG).

Sachverhalt:

Am 26. Juli 2000 um ca. 11.30 Uhr wurde dem Polizeiposten Teufen gemeldet, dass rund eine Stunde zuvor ein Personenwagen vom leicht abfallenden Parkplatz bei der Post rückwärts auf Speicherstrasse, Bahngeleise und Hauptstrasse gerollt war, wo er schliesslich an einer Grünhecke mit Maschendrahtzaun zum Stehen gekommen war. Der ermittelnde Polizeibeamte stellte fest, dass die Heckleiste selbst nicht beschädigt war, dass jedoch ein Metallpfahl des Zaunes leicht verbogen und der Betonsockel gelöst war. Wegen Ferienabwesenheit konnte der Grundeigentümer erst am 19. August 2000 informiert werden. Laut dieser Befragung soll der fragliche Pfahl vorher nicht verbogen gewesen sein. Weiter ergaben die polizeilichen Ermittlungen, dass das auf eine Firma eingelöste Fahrzeug an jenem Tag vom Angeklagten gefahren worden war.

Aus den Erwägungen:

1. Der Appellant beanstandet die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung. Diese betrifft lediglich den Tatbestand der Verletzung der Meldepflicht, während der Angeklagte anerkennt, durch das Nichtsichern des Fahrzeuges eine Verkehrsregelverletzung begangen zu haben. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, sind indessen weder das vom Angeklagten eingereichte Eisenrohr noch die Aussage des angebotenen Entlastungszeugen über allfällige von

ihm verursachte Schäden am fraglichen Auto für die Beurteilung relevant.

2. Gemäss Art. 51 Abs. 3 SVG hat, wer als Motorfahrzeug- oder Fahrradlenker an einem Unfall mit Sachschaden beteiligt ist, sofort den Geschädigten zu benachrichtigen und wenn dies nicht möglich ist, unverzüglich die Polizei zu benachrichtigen. Zweck dieser Bestimmung ist die Sicherung der Beweislage im Interesse des Geschädigten. Objektive Tatbestandsvoraussetzung ist zunächst einmal, dass sich ein Unfall ereignet hat. Unter einem Unfall ist ein Ereignis zu verstehen, bei dem Personen oder Sachschaden entstanden ist (*Hans Schultz*, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958, Bern 1964, S. 211). Das vom Verhöramt eingeholte Gutachten des Sachverständigen X. gelangt zum Schluss, dass das Fahrzeug unmittelbar vor der Unfallendlage eine Geschwindigkeit von 12 - 15 km/h aufgewiesen haben konnte und dass ein leichtes Verbiegen des Eisenpfahls nicht nur als möglich bezeichnet werden könne, sondern erwartet werden müsse. Demgegenüber gelangte ein von der Verteidigung privat in Auftrag gegebenes Gutachten des Expertenbüros Y. zum Schluss, dass das Fahrzeug an der Stossstange Beschädigungen aufgewiesen hätte und dass mit grösster Wahrscheinlichkeit die Heckpartie unten eingestaucht worden wäre, wenn dieses mit der vom Experten X. errechneten Geschwindigkeit in den Zaun geprallt wäre. Bei den von der Polizei festgestellten Beschädigungen könne es sich auch um normale Gebrauchsspuren handeln. Aufgrund der von der Polizei erstellten Fotos sei das Fahrzeug mehr oder weniger gerade (gemeint wohl senkrecht zur Zaunrichtung) auf den Pfahl geprallt. Andererseits hat der Experte Y. festgestellt, dass auf den beschädigten Zaun erhebliche Querkräfte eingewirkt hätten, wobei allerdings offen ist, ob diese nicht auf ein in der Zwischenzeit erfolgtes Unfallereignis zurückzuführen seien.

Bei kontroverser Beweislage hat das Gericht die Beweise frei zu würdigen. Der prozessuale Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 25 und Art. 166 Abs. 1 StPO) gebietet dem Richter, aufgrund seiner freien, aus dem gesamten Verfahren geschöpften Überzeugung zu entscheiden. Der blosser Verdacht oder die blosser Wahrscheinlichkeit, dass die eines Deliktes angeklagte Person eine strafbare Handlung begangen haben könnte, genügt für eine Verurteilung nicht. Auf der andern Seite darf aber der Richter nicht erst dann eine

bestimmte Tatsache als erwiesen betrachten, wenn jede, auch theoretisch noch so entfernte Möglichkeit, dass der Sachverhalt sich anders zugetragen haben könnte, ausgeschlossen ist. Notwendig für die Überzeugungsbildung ist das Urteil eines besonnenen und lebenserfahrenen Beobachters, das vernünftige Zweifel auszuschliessen vermag. Eine Verurteilung muss in objektiver Sicht auf einem ausreichenden Schuldbeweis und in subjektiver Sicht auf der vollen richterlichen Überzeugung beruhen (*Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Auflage, Basel 1996, S. 211, N. 11; vgl. auch Rechenschaftsbericht des Obergerichtes von Appenzell A.Rh. 1971/72, Nr. 13).

Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Experte X. die auf den Zaunpfahl wirkende Kraft nicht errechnet hat, weil er wegen der verschiedenen Gefällswechsel die erreichbare Geschwindigkeit nicht errechnen konnte. Dazu hätte er nebst dem Höhenunterschied auch den Reibungskoeffizienten kennen müssen, welcher von verschiedenen Umständen abhängt (Pneuzustand, Strassenzustand, Temperatur, Bremskraft des Automatikgetriebes und nicht zuletzt auch davon, ob die Handbremse gar nicht oder ungenügend angezogen war). Wenn er sich dazu entschloss, aufgrund von Fahrversuchen „mit einem ähnlich schweren Personenwagen“ die Aufprallenergie zu berechnen, so wäre nur ein einigermaßen zuverlässiges Ergebnis zu erwarten, wenn er die Versuche unter den gleichen Prämissen durchgeführt hätte. Doch bestehen dazu zu viele Unbekannte. So ist nicht einmal ersichtlich, was für ein Fahrzeug verwendet wurde. Somit bestehen erhebliche Zweifel an der Schlüssigkeit der vom Experten X. geäusserten Feststellungen. Bei dieser unsicheren Beweislage geht das Gericht zugunsten des Angeklagten davon aus, dass dessen Fahrzeug an der Beschädigung des Zaunes bzw. an einem Unfall im Sinne von Art. 51 Abs. 3 SVG nicht beteiligt war, weshalb ein Freispruch zu ergehen hat.

OGer 30.4.2002

3407**Neue Richtlinien für die Strafzumessung bei Fahren in angetrunkenem Zustand (FiaZ)****Ersttäter**

Alkoholpromille	Ersttäter
0.8-1.19	Busse
1.2-1.49	1-2 Wochen Gefängnis
1.5-1.79	2-3 Wochen Gefängnis
1.8-2.09	3-4 Wochen Gefängnis
2.1-2.49	4-6 Wochen Gefängnis
2.5-2.99	6-9 Wochen Gefängnis
über 3.00	ab 9 Wochen Gefängnis

- bedingte Strafen sind mit einer Busse zu verbinden; Bussenhöhe ein Drittel Monatsnettoeinkommen, mindestens aber Fr. 600.--.
- Regelfall: vorstrafenloser Täter, der voraussehen kann, dass er nach erfolgtem Alkoholkonsum ein Auto lenken wird, fährt auf einer nicht besonders gefährlichen Strecke nach Hause und gerät in eine Routinekontrolle.

Zweittäter

Alkoholpromille	Zweittäter nach Probezeit, aber vor Ablauf von 10 Jahren seit erster Verurteilung	Zweittäter innerhalb Probezeit
0.8-1.19	1-2 Wochen Gefängnis	2-4 Wochen Gefängnis
1.2-1.49	2-4 Wochen Gefängnis	4-8 Wochen Gefängnis
1.5-1.79	4-6 Wochen Gefängnis	8-12 Wochen Gefängnis
1.8-2.09	6-8 Wochen Gefängnis	12-16 Wochen Gefängnis
2.1-2.49	8-10 Wochen Gefängnis	16-20 Wochen Gefängnis
2.50-2.99	10-13 Wochen Gefängnis	20-26 Wochen Gefängnis
über 3.00	über 13 Wochen Gefängnis	ab 26 Wochen Gefängnis

- bedingte Strafen sind mit einer Busse zu verbinden; Bussenhöhe ein halbes Monatsnettoeinkommen, mindestens aber Fr. 1'000.--.
- bei unbedingten Strafen ist auf eine Busse zu verzichten, sofern nicht Halbgefängenschaft (bis ein Jahr Freiheitsentzug, bei regelmässiger Arbeitstätigkeit) oder gemeinnützige Arbeit (bis 3 Monate Freiheitsentzug) möglich und/oder eine weitere Übertretung von Verkehrsregeln zu ahnden ist.

Dritttäter

Alkoholisierung	Dritttäter
geringfügig (0.8-1.19)	6-7 Monate Gefängnis unbedingt
mittel (1.2-1.79)	7-8 Monate Gefängnis unbedingt
schwer (über 1.8)	8-10 Monate Gefängnis unbedingt

- Grundlagen: alle Taten innert 10 Jahren seit der ersten Verurteilung
mindestens ein Strafvollzug
zwei längere Führerausweisentzüge
- Ärztliche Abklärung, ob medizinische Anhaltspunkte für eine Alkoholerkrankung vorliegen.

Viertäter oder Mehrfachwiederholungstäter

10 bis 15 Monate Gefängnis unbedingt

- Grundlagen: alle Taten innert 10 Jahren seit der ersten Verurteilung
mindestens ein Strafvollzug
zwei längere Führerausweisentzüge
- Ärztliche Abklärung, ob medizinische Anhaltspunkte für eine Alkoholerkrankung vorliegen.

Bemerkungen:

Der nachfolgend angeführte exemplarische Fall eines Dritttäters, dessen Verurteilung vor Einführung der neuen Richtlinien erfolgte, zeigt auf, dass die geänderte Strafzumessungspraxis bei Mehrfachwieder-

holungstätern eine erhebliche Strafverschärfung nach sich ziehen wird.

Beispiel:

X. wurde im November 2000 anlässlich einer Fahrt mit seinem PW von der Polizei angehalten und kontrolliert. Die Polizei ordnete in der Folge eine Blutprobe an, deren Auswertung einen Blutalkoholgehalt von mindestens 1,77 Gew.-%o ergab. Der Angeklagte wies bereits zwei einschlägige Vorstrafen auf, Tatbegehung: 1998 und 1999. Die 3. Abteilung des Kantonsgerichtes verurteilte den Dritttäter gestützt auf Art. 91 Abs. 1 SVG am 26. April 2001 zu 26 Tagen Gefängnis und einer Busse von Fr. 400.--.

Möglicher Urteilsspruch in Anwendung der neuen Praxis: 7-8 Monate Gefängnis (unbedingt).

OGer, Ende Juni 2003

2.3. Zivilprozess

3408

Widerklage. Bei Mietstreitigkeiten tritt das Schlichtungsverfahren an die Stelle der Vermittlung. Eine Widerklage ist bereits bei der Schlichtungsstelle einzureichen.

Aus den Erwägungen:

Erst in der Klageantwort hat die Beklagte eine Widerklage erhoben. Fraglich ist, ob dies zulässig ist oder nicht. Das kantonale Recht verlangt die Einreichung der Widerklage bereits im Vermittlungsverfahren (Art. 113 Abs. 2 ZPO). Bei Mietstreitigkeiten tritt das Schlichtungsverfahren an die Stelle der Vermittlung. Also muss die Widerklage bereits bei der Schlichtungsstelle eingereicht werden. Die bundesrechtlichen Bestimmungen des Mietrechts sind nicht geeignet, eine Ausnahme zu begründen. Die anderslautenden Kommentarstellen (SVIT-Kommentar zum Mietrecht, N. 18 zu Art. 274e OR; *Peter Higi*, Zürcher Kommentar, N. 75 ff. zu Art. 274e OR) befassen sich nur mit der Frage, ob aus dem bundesrechtlichen Schlichtungsstellenobligatorium folge, dass auch Widerklagen bereits bei der Schlichtung erhoben werden müssten. Selbst wenn man diese Frage verneinen würde, heisst dies umgekehrt noch nicht, dass Widerklagen auch noch nach dem Schlichtungsverfahren erhoben werden können. Denn wenn eine bundesrechtliche Regelung fehlt, ist das kantonale Recht massgebend (so ausdrücklich SVIT-Kommentar zum Mietrecht, N. 18 zu Art. 274e OR), welches diese Frage klar beantwortet, wie eingangs dargelegt worden ist. Das kantonale Recht sieht lediglich für Ehescheidungsverfahren keine zeitlichen Schranken für die Erhebung von Widerklagen vor (Art. 113 Abs. 2 letzter Satz ZPO). Dass Mietstreitigkeiten in Art. 113 Abs. 2 letzter Satz ZPO nicht erwähnt sind, muss als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers interpretiert werden. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit zum Erlass der Regelung gemäss Art. 113 Abs. 2 letzter Satz ZPO erkannt hat, abgeleitet werden, dass kein Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime und zeitlichen Schranken für die Erhebung von Widerklagen besteht.

Es ergibt sich somit, dass die Beklagte ihre Widerklage bereits vor der Schlichtungsstelle hätte erheben müssen. Auf ihre erst im Gerichtsverfahren eingereichte Widerklage kann deshalb nicht eingetreten werden.

KGP 19.11.2002

3409

Amtsbefehl. Ausweisung aus einem zwangsverwerteten Wohnhaus (Art. 231 Ziff. 1 ZPO).

Sachverhalt:

Die Gesuchsgegner C. und W. waren $\frac{1}{2}$ -Miteigentümer der Liegenschaft Parzelle 620. Diese Liegenschaft ist im Rahmen des Konkursverfahrens über C. am 4. Oktober 2001 öffentlich versteigert worden. Die Raiffeisenbank als Grundpfandgläubigerin hat das Objekt an dieser Gant ersteigert. Anschliessend hat die Raiffeisenbank den noch im Pfandobjekt wohnenden Gesuchsgegnern mit Schreiben vom 26. Oktober 2001 folgendes mitgeteilt:

"Als bisherige Eigentümer dieser Liegenschaft haben Sie die Liegenschaft selbst bewohnt. Die Raiffeisenbank als neue Eigentümerin ist jedoch nicht bereit, mit Ihnen einen Mietvertrag abzuschliessen. Wir kündigen Ihnen hiermit und setzen Ihnen für den Auszug aus der Liegenschaft eine Frist bis zum 30. November 2001."

Nachdem die Gesuchsgegner der Aufforderung zur Räumung des Hauses nicht nachgekommen waren, hat die Raiffeisenbank am 5. Dezember 2001 beim Kantonsgerichtspräsidium das Ausweisungsbegehren gestellt. Dieses hat das Ausweisungsgesuch mit Entscheid vom 30. Januar 2002 gutgeheissen und die Gesuchsgegner angewiesen, das von der Raiffeisenbank ersteigerte Wohnhaus bis zum 25. März 2002, 14.00 Uhr, zu räumen und in ordnungsgemäss gereinigtem Zustand an die Gesuchstellerin zu übergeben. Zur Begründung hat das Kantonsgerichtspräsidium im wesentlichen festgehalten, dass die Gesuchsgegner entgegen ihrer Auffassung nie Mieter des Steigerungsobjektes gewesen seien. Für die Entstehung eines Mietverhältnisses bedürfe es einer übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien. Angesichts der ausdrücklichen Willenserklä-

rung der Raiffeisenbank vom 26. Oktober 2001, wonach die Raiffeisenbank mit den Gesuchsgegnern keinen Mietvertrag abschliessen wolle, könne nicht auf das Bestehen eines Mietverhältnisses geschlossen werden. Daran ändere auch die etwas missverständliche Formulierung „*wir kündigen Ihnen hiermit*“ nichts. Mangels eines gültigen Mietverhältnisses hätten die Gesuchsgegner daher kein Recht, in der Liegenschaft zu verbleiben.

Gegen diesen Entscheid haben die Gesuchsgegner mit Eingabe vom 12. März 2002 appelliert und dessen Aufhebung beantragt. Sie führten zur Begründung ihres Standpunktes aus, dass die Argumentation der Vorinstanz widersprüchlich sei, wenn im angefochtenen Entscheid ausgeführt werde, „*liegt - wie vorliegend - kein Mietverhältnis vor, so kann es auch nicht gekündigt werden*“. Ihnen (Gesuchsgegnern) sei von der Raiffeisenbank aber gekündigt worden, weshalb eben auf ein Mietverhältnis geschlossen werden müsse. Dieses sei bis heute nicht mit dem obligatorischen Formular gültig gekündigt worden, weshalb sie (Gesuchsgegner) berechtigt seien, im Mietobjekt zu verbleiben.

Aus den Erwägungen:

1. Nachdem zwischen den Parteien, wie unten darzulegen sein wird, zu keinem Zeitpunkt ein Mietverhältnis bestanden hat, ist das Mietvertragsrecht im Sinne von Art. 253 ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR; SR 220) nicht anwendbar. Das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin beurteilt sich ausschliesslich aufgrund der Bestimmungen über das Befehlsverfahren in der Zivilprozessordnung (Art. 231 ff. ZPO; bGS 231.1), d.h. nach kantonalem Recht. Die Berufung an das Bundesgericht ist bei der Anwendung von kantonalem Recht ausgeschlossen (Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG; SR 173.110). Gegen diesen Entscheid ist daher kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

2. Die Gesuchsgegner waren bis zur Verwertung der Liegenschaft Parzelle Nr. 620 Eigentümer dieses Objekts. Die Verwertung erfolgte im Rahmen des Konkurses über das Vermögen von C. Im Konkursverfahren bestimmt die Konkursverwaltung gemäss Art. 229 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) unter welchen Bedingungen und wie lange der Schuldner und seine Familie in der bisherigen Wohnung verbleiben dürfen, sofern diese zur Konkursmasse gehört. Es ist hier nicht umstritten, dass

das Konkursamt den Gesuchsgegnern erlaubt hatte, bis nach der Verwertung in ihrem Hause zu bleiben.

3. An der Gant vom 4. Oktober 2001 hat die Raiffeisenbank die Liegenschaft ersteigert. Sie hat dabei gemäss Art. 656 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) und entgegen den Feststellungen im angefochtenen Entscheid mit dem Zuschlag ausserbuchlich das Eigentum am Steigerungsobjekt erworben. Das Grundstück blieb aber bis zur Anmeldung des Eigentumsüberganges auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Konkursamtes (Art. 259 i.V.m. Art. 137 SchKG). Die Raiffeisenbank konnte erst nach ihrer Eintragung in das Grundbuch über das Grundstück verfügen (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Trotzdem hat die Gesuchstellerin den Gesuchsgegnern nach der Gant schon am 26. Oktober 2001 unmissverständlich mitgeteilt, dass sie nicht bereit sei, einen Mietvertrag abzuschliessen. Am 7. November 2001 hat das Konkursamt den Eigentumsübergang beim Grundbuchamt angemeldet. Seither konnte die Gesuchstellerin über das erworbene Grundstück verfügen. Sie hat dann am 5. Dezember 2001 das Ausweisungsbegehren gestellt. Unter diesen Umständen ist erwiesen, dass zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt ein Mietverhältnis bestanden hat. Die Gesuchsgegner hatten und haben daher kein Recht, entgegen dem Willen der Gesuchstellerin im Steigerungsobjekt zu verbleiben. Diesen Willen hat die Raiffeisenbank den Gesuchsgegnern nach der Gant unmissverständlich mitgeteilt, und nachdem sie über das Objekt verfügen konnte, hat sie das Ausweisungsbegehren eingereicht. Die Vorinstanz hat unter diesen Umständen angenommen, es liege klares Recht im Sinne von Art. 231 Ziff. 1 ZPO vor und hat dem Ausweisungsbegehren entsprochen, was in keiner Weise zu beanstanden ist.

4. Was die Gesuchsgegner in ihrer Appellation vorbringen, ist nicht stichhaltig. Ihr einziges Argument besteht darin auszuführen, im Schreiben der Gesuchstellerin vom 26. Oktober 2001 habe das Wort „kündigen“ gestanden. Wenn die Raiffeisenbank ihnen gekündigt habe, müsse zwingend auf ein Mietverhältnis geschlossen werden. Dazu hat die Gesuchstellerin in der Appellationsantwort ausgeführt, dass damals versehentlich von einer Kündigung die Rede gewesen sei. Dem ist unter Würdigung der gesamten Umstände zuzustimmen. Es trifft natürlich zu, dass es widersprüchlich ist mitzuteilen, man sei nicht bereit, einen Mietvertrag abzuschliessen, und im nächsten Satz eine Kündigung auszusprechen. Nachdem die Gesuchsgegner vor der

Gant Eigentümer des Objektes waren und die Erwerberin ihnen nach der Gant unmissverständlich mitgeteilt hatte, dass der Abschluss eines Mietvertrages nicht in Frage komme, ist die auch noch ausgesprochene Kündigung tatsächlich als Irrtum aufzufassen. Unter diesen Umständen erweist sich die Appellation als unbegründet und wird abgewiesen.

OGP 22.3.2002

3410

Justizaufsichtskommission. Amtliche Verteidigung. Wechsel des Verteidigers (Art. 280 ff. ZPO, Art. 233 ff. StPO).

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Landsgemeindebeschluss vom 30. April 1995 betr. die Neuordnung der unentgeltlichen Rechtspflege im Zivil- und Strafverfahren (Amtsblatt 1995, S. 399 f., und 1994, S. 980 f. und 1002 f.) sind für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und der amtlichen Verteidigung im gerichtlichen Verfahren die Einzelrichter oder die Präsidenten der Kollegialgerichte zuständig. Im Falle der unentgeltlichen Verbeiständung im Zivilprozess können ablehnende oder widerrufende Entscheide gemäss ausdrücklicher Vorschrift innert 14 Tagen mit Beschwerde bei der Justizaufsichtskommission angefochten werden (Art. 88 Abs. 5 ZPO). Diese entscheidet mit der ihr in Art. 280 Abs. 1 ZPO zugewiesenen Kognitionsbefugnis. Demgegenüber enthalten die revidierten Art. 63 f. StPO keinen Hinweis auf die Weiterzugsmöglichkeiten bei Verweigerung oder Widerruf der amtlichen Verteidigung durch den Präsidenten des mit der Sache befassten Gerichtes.

Es fragt sich nun, ob aufgrund des generellen Verweises von Art. 2 StPO das Beschwerdeverfahren nach Art. 280 ff. ZPO Platz greift. Dies ist, wie die Justizaufsichtskommission schon früher entschieden hat (vgl. Entscheid vom 23. Oktober 1997; J. 23/97) abzulehnen. Der in der Strafprozessordnung vorgesehene Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde nach Art. 233 ff. StPO gewährt den gleichen Rechtsschutz. Analog zu Art. 280 ZPO kann ein Betroffener bei der Vorgesetzten administrativen oder richterlichen Behörde Aufsichtsbe-

schwerde führen, wenn der Mangel weder mit Appellation noch Rekurs geltend gemacht werden kann. Ausgenommen sind Entscheide des Obergerichtes (Art. 233 Abs. 2 und 3 StPO). Der Katalog der möglichen Rügen beschränkt sich in gleicher Weise wie in Art. 280 ZPO auf Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und Willkür (Art. 233 Abs. 1 StPO). Schliesslich ist die Justizaufsichtskommission aufgrund eines Delegationsbeschlusses des Obergerichtes vom 29. Oktober 1978 (RBer 1978/79, S. 43) auch für die Behandlung strafprozessualer Aufsichtsbeschwerden zuständig. Es besteht somit keine Veranlassung, für das strafprozessuale Beschwerdeverfahren auf Art. 280 ff. ZPO zurückzugreifen.

2. a) Der Beschwerdeführer stellt in der Beschwerdebegründung den Antrag auf Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels. Ein solcher ist für das Beschwerdeverfahren nicht vorgesehen. Es ist dafür auch keine Notwendigkeit ersichtlich. Der Beschwerdeführer verkennet das Wesen der Aufsichtsbeschwerde nach Art. 233 ff. StPO. Die im Gesetz genannten Beschwerdegründe Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder Willkür schliessen appellatorische Vorbringen und Noven aus. Der Beschwerdeführer hat sich demgemäss mit dem Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten auseinanderzusetzen und darzutun, inwiefern ein Beschwerdegrund erfüllt ist. Dazu kommt, dass der Kantonsgerichtspräsident von einer Stellungnahme zur Beschwerde abgesehen hat. Die Frage der Zulässigkeit einer weiteren Beschwerdeeingabe könnte sich allenfalls dann stellen, wenn die Vorinstanz zusätzliche Entscheidungsgründe nachliefert, was hier jedoch nicht der Fall ist.

b) Wie bereits ausgeführt, ist die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission kassatorischer Natur. Soweit der Beschwerdeführer mehr verlangt als die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, allenfalls verbunden mit Weisungen, wie neu zu entscheiden ist, kann auf das Beschwerdebegehren nicht eingetreten werden. Dies betrifft den Antrag des Beschwerdeführers, es sei ihm für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten.

c) Nicht zu hören sind wegen des kassatorischen Charakters der Beschwerde auch neue Vorbringen und Beweismittel. In seiner Beschwerdeeingabe beruft sich der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Gründen für seine Weigerung, seine amtliche Verteidigerin vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden, auf eine Verzögerung des Verfahrens und reicht ein Schreiben ins Recht. Des weitern beruft er

sich in seiner Beschwerdeeingabe mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse auf eine Amtsauskunft. Darauf ist nicht einzutreten.

d) Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird durch das Gericht mit dem die Instanz abschliessenden Entscheid festgesetzt. Handelt es sich um Entscheide des Kantonsgerichtes, so stehen als Rechtsmittel Appellation und Rekurs zur Verfügung. Es fragt sich deshalb, ob die angefochtene Anordnung des Kantonsgerichtspräsidenten, wonach die Kosten des Anwaltswechsels zulasten des Gesuchstellers gehen, überhaupt beschwerdefähig ist. Die Justizaufsichtskommission sieht indessen davon ab, dieser Frage weiter nachzugehen, da die Beschwerde, wie noch ausgeführt wird, offensichtlich unbegründet ist.

3. a) Der Beschwerdeführer erhebt den Vorwurf der Willkür. Andererseits werden verschiedene Bestimmungen der Bundesverfassung und der EMRK angerufen.

Die Beschwerdegründe sind nach Art. 233 Abs. 1 StPO auf das Geltendmachen von Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und Willkür beschränkt. Eine weitergehende Durchsetzung von auf Gesetz oder Verfassung beruhenden Ansprüchen ist ausgeschlossen. Soweit der Beschwerdeführer sich auf solche Bestimmungen beruft, ohne darzutun, inwiefern deren Verletzung einen der drei gesetzlichen Beschwerdegründe erfüllen soll, ist darauf nicht einzutreten. Das gilt insbesondere bezüglich der in der Beschwerdeeingabe enthaltenen Behauptung, der angefochtene Entscheid stelle eine Diskriminierung des neuen Verteidigers des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 8 und Art. 14 EMRK dar.

b) Der Beschwerdeführer behauptet in seiner Beschwerdebegründung, aufgrund des Entscheides der Vorinstanz sei nicht bestritten, dass er einen Anspruch auf einen Anwaltswechsel habe. Diese Behauptung ist nicht nachvollziehbar. Der Kantonsgerichtspräsident hat festgestellt, dass die Voraussetzung für eine Entlassung der amtlichen Verteidigerin, nämlich ein sachlich nicht vertretbares oder offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten, nicht gegeben sei. Vielmehr habe diese, wie die Akten zeigten, die Interessen des Angeschuldigten effizient und mit fundiertem Fachwissen vorgenommen. Indessen werde die amtliche Verteidigerin entsprechend ihrem Gesuch aus dem Officialmandat entlassen. Was den Verteidiger des Beschwerdeführers zur eingangs zitierten aktenwidrigen Behauptung veranlasst, kann der Beschwerdebegründung nicht entnommen werden.

4. Soweit in der Beschwerde Willkür geltend gemacht wird, ist im Folgenden anhand der einzelnen Vorbringen zu prüfen, inwiefern dieser Vorwurf berechtigt ist.

In ihrer Beschwerdepraxis hält sich die Justizaufsichtskommission in gefestigter Rechtsprechung an den Willkürbegriff, wie ihn das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden umschrieben hat (RBER des Obergerichtes 1963, S. 40; 1983/84, S. 47). Es geht mithin um eine qualifizierte, besonders intensive Fehlerhaftigkeit, welche in der Offensichtlichkeit des Mangels zum Ausdruck kommt (*Daniel Thürer*, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 1987, S. 487 ff. mit Hinweisen). Die Aufhebung eines angefochtenen Entscheides rechtfertigt sich nur dann, wenn dieser offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (*Oscar Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1992, Kap. 2, N. 62). Anfechtungsobjekt einer Willkürbeschwerde ist nicht die Begründung eines Entscheides. Dessen Aufhebung rechtfertigt sich nur, wenn er sich im Ergebnis als unhaltbar erweist, nicht schon dann wenn er mit einer unhaltbaren Begründung versehen ist (BGE 109 Ia 22, 112; 111 III 10 Erw. 3 a).

5. a) In der Beschwerdeschrift wird der Schluss des Vorrichters, es liege kein Grund für eine Entlassung der amtlichen Verteidigerin als Officialverteidigerin vor, als willkürlich bezeichnet. Im angefochtenen Entscheid hat sich der Kantonsgerichtspräsident die Mühe genommen, die sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ergebenden, zum Teil unsinnigen Vorwürfe gegen die amtliche Verteidigerin - wie etwa, dass sie nicht im ausserrhodischen Strafprozessrecht geprüft worden sei (!) - aufzulisten und abzuhandeln. Der Beschwerdeführer unterlässt es, seine Willkürbehauptung zu begründen; der Hinweis betreffend die Verwendung von Geldern des Kantons und die Behauptung, der Nachfolgearwalt werde diskriminiert, sind als Begründung untauglich. Der Kantonsgerichtspräsident ist aufgrund der Akten zum Schluss gelangt, dass die Verteidigung nicht in dem Masse zu beanstanden war, dass dies eine Entlassung als Pflichtverteidigerin gerechtfertigt hätte. Dass dieser Schluss offensichtlich unhaltbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

Desgleichen ist nicht ersichtlich, weshalb es im Sinne der vorstehenden Ausführungen willkürlich sein soll, dass der Beschwerdeführer

die Kosten des dem Belieben des Angeschuldigten entspringenden (sachlich nicht begründeten) Wechsels der ursprünglich von ihm mandatierten Verteidigerin zu tragen hat.

Die weitere Berufung auf die notwendige Verteidigung (Art. 61 StPO) in der Beschwerdeingabe hat mit der strittigen Kostentragung nichts zu tun. Auch geht der Beschwerdeführer fehl, wenn er annimmt, die Officialverteidigung garantiere die freie Anwaltswahl. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes entspringt aus dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kein unbedingter Anspruch auf den Anwalt oder die Anwältin seiner Wahl (BGE 113 Ia 70, 125 I 164). Es kann in diesem Zusammenhang auf die bei Rechtsschutzversicherungen angetroffene Praxis verwiesen werden, wonach der Rechtsbeistand einer versicherten Person aus einer kleinen Zahl von vorgeschlagenen Rechtsanwältinnen ausgewählt wird. Die Kantone sind an sich frei, wie sie die öffentliche Verteidigung organisieren. Da das Mandat des Officialverteidigers auf einer öffentlich-rechtlichen Vertragsbeziehung beruht (BGE 113 Ia 71), ist der öffentlichen Hand zuzugestehen, dass sie kostenbewusst mit den Steuergeldern umgeht. So muss es zulässig sein, dass sie beispielsweise einen Anwalt, der überdurchschnittliche Kostenrechnungen stellt, nicht berücksichtigt oder dass sie die Ernennung an kostenbeschränkende Bedingungen knüpft.

In diesem Zusammenhang sei nebenbei angemerkt, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers sich seitens des Bundesgerichtes schon den Vorwurf trölerischer Prozessführung gefallen lassen musste. Da ein solches Verhalten auch ungebührlich hohe Anwaltsrechnungen erwarten lässt, vermöchte dies einen Grund zur Nichtberücksichtigung als Officialverteidiger darzustellen. In die gleiche Richtung wirkt der Umstand, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers, wie ein gleichentags behandeltes Beschwerdeverfahren ergeben hat, für seine Mitwirkung als unentgeltlicher Rechtsbeistand in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren eine mehr als doppelt so hohe Honorarforderung stellte wie sein Rechtsgegner, nämlich Fr. 3'315.55 gegenüber Fr. 1'217.--.

b) Der Einwand, die angefochtene Anordnung sei unklar und daher willkürlich, ist, abgesehen davon, dass nicht dargelegt wird, weshalb eine auslegungsbedürftige Bestimmung in einem Entscheid schon willkürlich sein soll, unbegründet. Der behauptete Mangel würde sich erst im Rahmen des Vollzuges stellen; im konkreten Fall bei

der Festsetzung des Honorars durch das Gericht. Somit fehlt es an einer aktuellen Beschwerde des Beschwerdeführers.

c) Schliesslich wird gerügt, der Kantonsgerichtspräsident habe in Verletzung des Willkürverbotes Beweisangebote abgewiesen. Mit seiner Begründung hat der Kantonsgerichtspräsident implizit eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Inwiefern diese willkürlich sein soll und aus den abgelehnten Beweismitteln Anhaltspunkte zu einer anderen Beurteilung zu erwarten waren, wird in der Beschwerde nicht dargelegt.

6. Zusammenfassend ist aufgrund dieser Ausführungen festzuhalten, dass die Beschwerde, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, offensichtlich unbegründet und deshalb abzuweisen ist.

JuAK 14.11.02

2.4. Schuldbetreibung und Konkurs

3411

Rechtsfolge der Rechtsverweigerung; Zahlung an das Betreibungsamt. Das Betreibungsamt hat sich nicht um die Rechtsgrundlagen einer vom Betreibungsschuldner veranlassten Zahlung durch einen Dritten zu kümmern. Es ist Sache dieses Dritten, sich mit dem Schuldner bzw. der Konkursmasse darüber auseinander zu setzen.

Sachverhalt:

A. Am 3. Dezember 2001 stellten R. und M. ein Retentionsbegehren für eine verfallene Mietzinsforderung von Fr. 36'000.-- für die Monate März bis Mai und Juli bis Dezember 2001. Dieses wurde vom Betreibungsamt für R. am 5. Dezember 2001 vollzogen. Dabei wurden drei Fahrzeuge und diverse Geräte und Maschinen des Taxibetriebes von K. im Schätzungswert von Fr. 23'580.-- in das Retentionsverzeichnis aufgenommen. Am 13. Dezember 2001 reichte R. das Betreibungsbegehren für Fr. 36'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Juli 2001 ein. Der entsprechende Zahlungsbefehl Nr. 20107789 konnte dem Schuldner K. erst am 6. Februar 2002 zugestellt werden. Dieser erhob unverzüglich Rechtsvorschlag mit der Begründung „Bereits bezahlt“.

In der Zwischenzeit hatte K. mit schriftlichem Kaufvertrag vom 28. Januar 2002 das Taxigeschäft zum Gesamtpreis von Fr. 90'000.-- an C. verkauft. Tags darauf wurden, um die Freigabe der retinierten Gegenstände an den Käufer zu erreichen, dem Betreibungsamt Fr. 62'510.50 bezahlt. Der entsprechenden Quittung des Betreibungsamtes ist zu entnehmen, dass die genannte Zahlung des Schuldners zuhanden verschiedener Gläubiger in den Betreibungen Nrn. 20104878, 20104879, 20106713, 20106803, 20106804, 20106805, 20106862 sowie der Betreibung Nr. 20107789 von R. geleistet worden war. Eine Auszahlung an die verschiedenen Gläubiger unterblieb bis heute.

Am 4. Februar 2002 stellten R. und M. erneut ein Retentionsbegehren für eine weitere Mietzinsforderung von Fr. 8'000.-- für die Zeit vom 1. Januar bis 28. Februar 2002. Die Retention wurde am 6. Februar 2002 wiederum für R. als Gläubiger vollzogen. Es wurde noch-

mals die oben erwähnte Betriebseinrichtung ins Retentionsverzeichnis aufgenommen. Zur Prosequierung kam es nicht mehr, weil am 7. Februar 2002 über K. der Konkurs eröffnet worden war. In der Folge gelangte am 21. März 2002 die Mietzinsforderung im Betrag von Fr. 44'000.-- nebst Zins und Kosten beim Konkursamt zur Anmeldung.

Der Käufer des Taxibetriebes kam zum Schluss, dass er von K. getäuscht worden sei, und erklärte am 5. Februar 2002 den Rücktritt vom Vertrag. Gleichentags stellte er bezüglich des beim Betreibungsamt einbezahlten Betrages von Fr. 62'510.50 ein Arrestbegehren, welches am 6. Februar 2002 gerichtlich bewilligt wurde.

B. Mit Schreiben vom 14. Juni 2002 gelangten R. und M. an das Betreibungsamt und verlangten die Auszahlung der betriebenen Beträge. Wenn das Betreibungsamt gemäss Art. 12 Abs. 1 SchKG Zahlungen für Rechnung des Betreibungsgläubigers entgegennehme, so erlösche die Schuld mit dem Tag der Zahlung. Der am 29. Januar 2002 einbezahlte Betrag von Fr. 62'510.50 gehöre somit nicht zur Konkursmasse K. Das Betreibungsamt teilte hierauf am 17. Juni 2002 mit, dass es sich nicht als zur Auszahlung befugt betrachte, weil der fragliche Betrag durch C. mit Arrest belegt und weil über K. der Konkurs eröffnet worden sei. Dieser Auffassung widersprachen die Gläubiger in einem weiteren Schreiben vom 18. Juni 2002 und ersuchten um Erlass einer Verfügung. Mit Schreiben vom 19. Juni 2002 lehnte dies das Betreibungsamt ab und empfahl den Gläubigern, ein Aussonderungsbegehren zu stellen oder durch die Aufsichtsbehörde feststellen zu lassen, ob der strittige Betrag in die Konkursmasse gehöre.

C. Mit Eingabe vom 5. Juli 2002 liessen R. und M. bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs Beschwerde wegen Rechtsverweigerung erheben. Sie beantragen, dass das Betreibungsamt angewiesen werde, den Betrag von Fr. 44'000.-- nebst 5% Zins von Fr. 36'000.-- seit 1. Juli 2001, zuzüglich Fr. 479.-- Retentions- und Betreibungskosten, auszuzahlen. In ihren Vernehmlassungen vom 11. bzw. vom 31. Juli 2002 beantragen sowohl das Betreibungsamt wie auch das Konkursamt sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. Wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Dieser Beschwerdegrund ist gegeben, denn das Betreibungsamt hat bezüglich der strittigen Auszahlung keine Verfügung getroffen. In diesem

Zusammenhang ist unerheblich, dass R. und M. die Mietzinsforderung im Konkursverfahren gegen K. angemeldet haben. Solange eine Auszahlung durch das Betreibungsamt nicht erfolgt war, gehörte die Anmeldung der Forderung im Konkurs zur sorgfältigen Prozessführung.

2. Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchKG gehört es zur Pflicht des Betreibungsamtes, Zahlungen für Rechnung des betreibenden Gläubigers entgegen zu nehmen. Ist der Schuldner von mehreren Gläubigern betrieben, so kann er frei bestimmen, welchem von diesen seine Zahlung zukommen soll (BGE 96 III 3, Erw. 2; *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 6. Aufl., Bern 1997, § 4, S. 18, N. 27). Dem entspricht, dass die Schuld durch Zahlung an das Betreibungsamt erlischt (Art. 12 Abs. 2 SchKG). Die Zahlung tilgt die Schuld unmittelbar, ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt und wann das Geld vom Betreibungsamt an den Gläubiger abgeliefert worden ist (BGE 116 II 58; *Amonn/Gasser*, a.a.O., § 4, S. 18, N. 27). Der Betriebene wird durch seine Zahlung von der Schuld befreit und hat Anspruch auf eine Quittung (BGE 114 III 50). Mit der Zahlung geht das Geld in das Eigentum des Gläubigers über (BGE 36 I 325). Diesem wiederum erwächst ein fester Rechtsanspruch auf Aushändigung des Betrages (*Frank Emmel* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 12, N. 18). Aus der Quittung des Betreibungsamtes vom 29. Januar 2002 ergibt sich, dass für verschiedene Betreibungen, darunter jene für R., eine Zahlung von Fr. 62'510.10 geleistet wurde. Weiter steht fest, dass es dem ausdrücklichen Willen des Betreibungsschuldners entsprach, gerade die Betreibung des Beschwerdeführers zu bereinigen, damit die Retention des Geschäftsmobiliars dahinfiel, was Voraussetzung für den Vollzug des am 28. Januar 2002 mit C. abgeschlossenen Kaufvertrages war. Dagegen fällt die weitere Mietzinsforderung für die Monate Januar und Februar 2002 ausser Betracht, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht in Betreibung gesetzt war; diesbezüglich erfolgte die Retention erst am 6. Februar, und das Betreibungsbegehren wurde erst nach Konkursöffnung am 13. Februar 2002 gestellt. Hingegen wird das Betreibungsamt die Auszahlung in den andern auf der Quittung aufgeführten Betreibungen noch vorzunehmen haben.

3. Der Einwand, auf den beim Betreibungsamt einbezahlten Betrag sei auf Begehren von C. ein Arrest gelegt worden, ist unerheblich. Zum einen war der Arrest schon deswegen unzulässig, weil es sich

nach dem Gesagten um das Geld von Drittgläubigern und nicht mehr um Vermögen des Schuldners handelte, was nach Art. 271 SchKG Voraussetzung für einen Arrest ist. Zudem kam es nicht zur Prosequierung des Arrestes (Art. 279 SchKG), weil bereits am 7. Februar 2002 der Konkurs über das Vermögen von K. eröffnet worden war. Unerheblich ist ferner, ob das einbezahlte Geld von C. stammte. Das Betreibungsamt hat sich nicht um die Rechtsgrundlagen einer vom Betreibungsschuldner veranlassten Zahlung durch einen Dritten zu kümmern. Es ist Sache dieses Dritten, sich mit dem Schuldner bzw. der Konkursmasse darüber auseinander zu setzen. Entscheidend ist vorliegend, wie ausgeführt, dass die Zahlung ausdrücklich zur Erledigung der betriebenen Mietzinsforderung zur Aufhebung des Retentionsbeschlages erfolgt ist.

4. Demgemäss erweist sich die Beschwerde teilweise als begründet. Das Betreibungsamt ist gehalten, dem Beschwerdeführer den mit Zahlungsbefehl Nr. 20107789 in Betreuung gesetzten Betrag von Fr. 36'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Juli 2001 auszusahlen. Hinzu kommen die darauf entfallenden Kosten für die Retention (Fr. 202.--) und für den Zahlungsbefehl (Fr. 100.--) im Gesamtbetrag von Fr. 302.--.

ABSchKG 16.10.2002

3412

Rechtsöffnung. Die Rechtsöffnung kann nur für eine bei Einleitung der Betreuung fällige Forderung gewährt werden, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 80/82 SchKG).

Sachverhalt:

Die X. AG hat Z. drei Fakturen im Totalbetrag von Fr. 9'762.70 zugestellt. Nachdem dieser Betrag trotz diverser Mahnungen nicht beglichen worden war, hat die Gläubigerin den Schuldner mit Zahlungsbefehl vom 16. Januar 2001 betrieben. Der Schuldner hat Rechtsvorschlag erhoben. Darauf hat die Gläubigerin am 23. April 2001 ein Vermittlungsbegehren beim Vermittleramt eingereicht und folgendes Rechtsbegehren gestellt:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 9'762.70 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2001 zu bezahlen.
2. In der Betreuung Nr. 18821 gegen den Beklagten sei der Rechtsvorschlag aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

Am Vermittlungsvorstand vom 6. Juni 2001 haben die Parteien folgenden Vergleich abgeschlossen:

1. Herr Z. leistet eine Anzahlung von Fr. 1'000.-- (minimal) per 30.06.01 an die X. AG. Er anerkennt die Gesamtforderung von Fr. 9'762.70 zuzüglich Zins von 5% seit 01.01.01.
2. Herr Z. deckt die gesamte Restforderung inklusiv Zins per 31.07.01 ab.
3. Herr Z. bezahlt an Anwalts- und Verfahrenskosten Fr. 500.-- per 31.07.01.

Trotz dieses Vergleichs hat das Vermittleramt einen „Leitschein“ ausgestellt, auf dem eine Klageanerkennung durch den Beklagten und der oben zitierte Vergleichstext verkündet waren. Zusätzlich und unnötigerweise wurden auf dem „Leitschein“ die zuständige Gerichtsinstanz, eine Protokolloffenhaltungsfrist sowie eine Einschreibefrist angegeben.

Am 5. Oktober 2001 hat die Gläubigerin beim Kantonsgerichtspräsidium gestützt auf den vermittleramtlichen Vergleich ein Rechtsöffnungsbegehren eingereicht. Das Kantonsgerichtspräsidium hat in der Folge mit Entscheid vom 23. Oktober 2001 die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 9'762.70 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2001 erteilt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der vermittleramtliche Vergleich einem vollstreckbaren Urteil gleichgestellt und damit einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstelle. Der Schuldner habe für seine Verrechnungseinrede keine Urkunden vorgelegt. Es sei ihm also nicht gelungen, den Rechtsöffnungstitel zu entkräften.

Gegen diesen Rechtsöffnungsentscheid hat der Schuldner appelliert und erneut eine Verrechnungsforderung aufgrund einer angeblichen Mängelrüge geltend gemacht. Die zur Vernehmlassung eingeladene Gläubigerin hat die vom Schuldner behaupteten Mängel bestrit-

ten, ansonsten der Schuldner diese bereits an der Vermittlung erwähnt und keinen Vergleich unterschrieben hätte.

Aus den Erwägungen:

1. Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, beruht die betriebene Forderung aber auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil oder einem Urteilssurrogat, so kann der Gläubiger nach Art. 80 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) die definitive Rechtsöffnung verlangen. Die durch Urteil oder Urteilssurrogat bestimmte Forderung muss im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig gewesen sein, ansonsten für diese Betreibung keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann. Die Fälligkeit der betriebenen Forderung hat der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu prüfen, so wie er das Recht generell von Amtes wegen anzuwenden hat (*Daniel Staehelin in Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 80, N. 39; Art. 106 ZPO, bGS 231.1; ebenso für die provisorische Rechtsöffnung *Daniel Staehelin, a.a.O.*, Art. 80, N. 77).

Die Gläubigerin stützt ihr Rechtsöffnungsgesuch auf den vermittleramtlichen Vergleich vom 6. Juni 2001. Darin wurde die Fälligkeit der Anzahlung von Fr. 1'000.-- auf den 30. Juni 2001 und die Fälligkeit für die Restforderung auf den 31. Juli 2001 festgesetzt. Der Zahlungsbefehl wurde dem Schuldner aber viel früher, nämlich am 17. Januar 2001 zugestellt. Zu jenem Zeitpunkt war die Forderung noch nicht fällig. Es existierte bei der Einleitung der Betreibung noch gar kein Rechtsöffnungstitel. Damit waren die Voraussetzungen zur Gewährung der definitiven Rechtsöffnung nicht vorhanden, was von der Vorinstanz von Amtes wegen zu berücksichtigen gewesen wäre und auch im Appellationsverfahren wieder von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Der Antrag des Schuldners auf Aufhebung des angefochtenen Rechtsöffnungsentscheides erweist sich im Ergebnis als begründet. Die Appellation wird gutgeheissen und der Rechtsöffnungsentscheid aufgehoben.

2. Anzumerken bleibt, dass die Gläubigerin nach dem Rechtsvorschlag des Schuldners zutreffend das Anerkennungsverfahren im Sinne von Art. 79 SchKG durch die Einreichung eines Vermittlungsbegehrens beim Vermittleramt Speicher eingeleitet hatte. Sie hat in Ziff. 2 ihres Rechtsbegehrens auch richtigerweise die Beseitigung des

Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 18821 verlangt. Auf dem „Leitschein“ ist zusätzlich zum Vergleich eine Klageanerkennung verkündet. Unter diesen Umständen war gar kein Platz für einen Vergleich. Aufgrund von Ziff. 2 des anerkannten klägerischen Rechtsbegehrens waren mit der Klageanerkennung die Wirkungen des Rechtsvorschlags beseitigt und hätte die Gläubigerin nicht ein Rechtsöffnungsbegehren einreichen sollen, sondern hätte nach Art. 88 SchKG direkt beim Betreibungsamt das Fortsetzungsbegehren stellen können, sofern die Frist nach Abs. 2 noch nicht abgelaufen war.

OGP 21.1.2002

3413

Rechtsöffnung. Glaubhaftmachung von Einwendungen gegen den provisorischen Rechtsöffnungstitel; Mietvertrag; Jahrelange Bezahlung einer Nebenkostenpauschale ohne Abrechnung der Nebenkosten (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 5. Juli 1986 hatte die Schuldnerin vom Gläubiger ab 15. Juli 1986 verschiedene Räume in der Liegenschaft Nr. 546 gemietet. Der monatliche Mietzins betrug Fr. 1'200.--. Dazu kam ein Nebenkostenkonto von Fr. 120.-- pro Monat. Mit Schreiben vom 14. Dezember 1998 hat die Schuldnerin dieses Mietverhältnis auf den 15. Juli 1999 durch Kündigung aufgelöst. Es ist unbestritten, dass der Mietzins und das Nebenkostenkonto für die Zeit vom 1. - 15. Juli 1999 noch offen ist. Nach einer Korrespondenz zwischen den Parteien, aus der sich ergibt, dass die Schuldnerin den offenen Zins wegen Fehlens einer Nebenkostenabrechnung bisher nicht bezahlt hat, hat der Gläubiger die Schuldnerin am 10. Januar 2002 betrieben. Die Schuldnerin hat Rechtsvorschlag erhoben. Im anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren hat das Kantonsgerichtspräsidium das Rechtsöffnungsbegehren des Gläubigers mit Entscheid vom 31. Januar 2002 wegen Fehlens eines Rechtsöffnungstitels abgewiesen. Gegen diesen Entscheid hat der Gläubiger mit Schreiben vom 8. März 2002 appelliert, verschiedene neue Akten, darunter den Mietvertrag,

ins Recht gelegt und sein Rechtsöffnungsbegehren erneuert. Die Schuldnerin hat im Appellationsverfahren erneut Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens beantragt. Sie bestritt insbesondere, dass ihr Schreiben vom 18. Januar 2002 als Schuldanerkennung aufgefasst werden könne. Im Übrigen hat sie auf ihre Einwände in der vom Gläubiger eingereichten Korrespondenz verwiesen.

Aus den Erwägungen:

1. Hat der Schuldner in einer Betreibung Rechtsvorschlag erhoben, beruht die Forderung aber auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger nach Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Das Gericht spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Der Gläubiger stützt sein Rechtsöffnungsgesuch auf den Mietvertrag vom 5. Juli 1986. Dieser stellt für den Mietzins vom 1. - 15. Juli 1999 für den Betrag von Fr. 600.-- einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar, nachdem die Schuldnerin anerkennt, dass sie die Mietsache für diesen Zeitraum zur Verfügung hatte und der Mietzins noch offen ist. Für das ebenfalls unbestrittene Nebenkostenkonto von Fr. 60.-- besteht hingegen kein Rechtsöffnungstitel, weil dieser Akontobetrag nicht im Mietvertrag enthalten ist.

2. Die Schuldnerin wendet gegen den Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG ein, dass der Vermieter seit 1991 bis zum Ende des Mietverhältnisses keine Nebenkostenabrechnungen mehr erstellt habe. Sie ist der Ansicht, aus den monatlichen Nebenkostenkonten von Fr. 120.-- werde aufgrund von korrekt erstellten Nebenkostenabrechnungen ein Saldo zu ihren Gunsten resultieren, der die noch offene Mietzinsforderung von Fr. 600.-- mindestens erreiche oder übersteige. Aus einem Schreiben vom 4. Februar 2002 geht hervor, dass der Gläubiger anerkannt hat, dass nur während der ersten fünf Mietjahre, d.h. von 1986 bis 1991 Nebenkostenabrechnungen erstellt worden sind. Seither fehlen ordnungsgemässe Nebenkostenabrechnungen. Damit hat die Schuldnerin glaubhaft zu machen vermocht (Art. 82 Abs. 2 SchKG), dass ihr allenfalls ein mit dem noch nicht bezahlten Mietzins verrechenbarer Saldo aus ihren während 7½ Jahren monatlich bezahlten Nebenkostenkonten von Fr. 120.-- zusteht.

Die Schuldanererkennung (Mietvertrag) ist vorerst und bis zum Vorliegen korrekter Nebenkostenabrechnungen entkräftet. Das Rechtsöffnungsgesuch des Gläubigers ist abzuweisen.

OGP 21.3.2002

3414

Ausfallforderung. Zuständigkeit zum Entscheid über die Geltendmachung einer Ausfallforderung.

Sachverhalt:

In der Betreuung Nr. 9861517 gelangte am 23. November 2001 das der S. GmbH gehörende Grundstück Parz. Nr. 3318 zur Versteigerung. Es wurde der G.T. GmbH zum Preise von Fr. 850'000.-- zugeschlagen. Die Ersteigererin leistete die in den Steigerungsbedingungen vorgesehene Baranzahlung von Fr. 50'000.--, nicht jedoch den restlichen Kaufpreis von Fr. 800'000.--, weshalb das Betreibungsamt H. den Zuschlag am 27. Dezember 2001 aufhob. Eine zweite Versteigerung unterblieb. Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Kreuzlingen wurde über die Eigentümerin und Grundpfandschuldnerin infolge Insolvenzerklärung gestützt auf Art. 191 Abs. 1 SchKG per 19. Februar 2002 der Konkurs eröffnet und das Konkursamt des Kantons Thurgau mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

Mit Verfügung vom 28. März 2002 lehnte es das Betreibungsamt auf ein von der G.T. GmbH am 27. März 2002 gestelltes Gesuch hin ab, die bei der Versteigerung geleistete Anzahlung von Fr. 50'000.-- zurückzuerstatten. Dabei ging es davon aus, dass im Konkurs die Verwertung des Grundstückes Nr. 3318 vom Konkursamt weitergeführt werde. Solange nicht feststehe, ob und allenfalls was für ein Ausfall bei einer Verwertung im Konkurs entstehe, könne die im Betreibungsverfahren erhobene Sicherheit nicht freigegeben werden.

Gegen diese Verfügung liess die G.T. GmbH fristgemäss Beschwerde erheben mit dem Antrag, es sei die Verfügung vom 28. März 2002 des Betreibungsamtes in der Betreuung Nr. 9861517 aufzuheben und es sei das Betreibungsamt anzuweisen, der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 50'000.-- zurückzuerstatten. Zur Be-

gründung wird im Wesentlichen ausgeführt, es fehle die gesetzliche Grundlage für ein Zurückbehalten der Anzahlung in der dahingefallenen Betreuung. Infolge Konkurses werde die Verwertung von Grund auf neu durchgeführt. Eine Haftung aus Analogie lasse sich nicht herleiten; diesbezüglich liege ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor. Der Untergang der Haftung ergebe sich aus BGE 40 III 403. Auch werde in der Lehre die Meinung vertreten, die Haftung des ursprünglichen Ersteigerers ergebe sich „ausschliesslich“ aus Art. 143 SchKG.

Aus den Erwägungen:

Zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung über die Grundpfandschuldnerin bestand eine bedingte Ausfallforderung gegen die Ersteigererin. Diese fiel, wie auch die dafür haftende Anzahlung von Fr. 50'000.--, in die Konkursmasse (*Lukas Handschin/Daniel Hunkeler in Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 199, N. 8). Mit der Eröffnung des Konkurses über die S. GmbH hat das Konkursamt Frauenfeld als Vertreterin der Gemeinschuldnerin wie auch der Pfandgläubiger in Wahrung der Interessen aller Beteiligten darüber zu entscheiden, ob gegen die Ersteigererin ein Ausfall geltend zu machen ist und ob und in welchem Umfang sie die geleistete Anzahlung als Sicherheit zurückbehalten soll (vgl. Entscheid der Aufsichtsbehörde Bern vom 26.7.1972, BISchK 38, Nr. 13, S. 44). Die in der Beschwerde zitierte Literatur trifft auf die vorliegende Problematik nicht zu. In BGE 40 III 403 ff. geht es um die Identität der Steigerungsbedingungen im Falle einer Wiederholung der Versteigerung. Somit bleibt festzuhalten, dass das Betreibungsamt H. nach der Konkurseröffnung nicht mehr zuständig ist, über die Ausfallforderung und die dafür haftende Sicherheit zu entscheiden. Es hat diesbezüglich nach den Anweisungen des zuständigen Konkursamtes Frauenfeld zu verfahren. Die Verfügung vom 28. März 2002 ist deshalb aufzuheben. Soweit die Beschwerdeführerin indes mehr verlangt, nämlich die Rückerstattung der Anzahlung durch das Betreibungsamt, ist auf die Beschwerde nach dem Gesagten nicht einzutreten.

ABSchKG 23.5.2002

3415

Sicherheiten für Ausfallforderung. Die Sicherheiten haften nur für die Ausfallforderung in der konkreten Verwertung, für die sie einverlangt wurden (Art. 143 SchKG, Art. 63 VZG).

Sachverhalt:

In der Grundpfandbetreibung Nr. 9861511 gelangte am 16. November 2001 das Grundstück Parz. Nr. 1292 zur Versteigerung und wurde den Eheleuten G. zum Preise von Fr. 240'000.-- zu Gesamteigentum zugeschlagen. Die Ersteigerer leisteten die in den Steigerungsbedingungen vorgesehene Baranzahlung von Fr. 50'000.--, nicht jedoch den restlichen Kaufpreis von Fr. 190'000.--, weshalb der Zuschlag aufgehoben und das Objekt erneut zur Steigerung gebracht werden musste. Es wurde schliesslich am 15. Februar 2002 zum Preise von Fr. 230'000.-- von A. erworben. Mit Verfügung vom 5. März 2002 machte das Betreibungsamt G. Anzeige von dem durch die Wiederholung der Versteigerung verursachten Ausfall, den es wie folgt bezifferte:

Fr. 10'000.00 Differenz zwischen Höchstangeboten vom 16.11.2001 und vom 15.2.2002
Fr. 2'348.60 Zins zu 5% von Fr. 190'000.-- vom 16.11.2001-15.2.2002
Fr. 3'013.55 Kosten der zweiten Steigerung vom 15.2.2002
Fr. 15'362.15

Diesen Betrag verrechnete das Betreibungsamt mit der Anzahlung. Bezüglich des Restguthabens von Fr. 34'637.85 verfügte es, dass dieser Betrag auf dem Amt deponiert bleibe, bis sich definitiv ergebe, dass aus der Versteigerung des Grundstücks Nr. 1575, wo der Zuschlag ebenfalls infolge Zahlungsverzuges der Beschwerdeführer habe aufgehoben werden müssen, keine Ausfallforderung mehr entstehen könne. Einer in Klammer angefügten Bemerkung ist zu entnehmen, dass das Betreibungsamt „Verrechnung mit der fünften Aufschubsrate per 31.07.2002“ geltend macht.

Gegen diese Verfügung liessen die Eheleute G. durch Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 15. März 2002 Beschwerde erheben mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das

Betreibungsamt anzuweisen, ihnen den Betrag von Fr. 34'637.85 umgehend zurückzuerstatten. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, eine Verrechnung sei nicht zulässig. Die Trägerschaft bezüglich der beiden Forderungen sei nicht die gleiche. Bei der Forderung, mit der das Betreibungsamt verrechnen wolle, handle es sich um Abschlagszahlungen die der Schuldner N. schulde. Der Rückbehalt sei auch deswegen unzulässig, weil gegenüber den Beschwerdeführern keine weitere Ausfallforderung bestehe. Der Restbetrag aus dem Verfahren in Betreuung Nr. 9861511 könne nicht für eine allenfalls aus dem Verfahren in Betreuung Nr. 9861515 entstehende Forderung herangezogen werden.

Aus den Erwägungen:

Die Beschwerdeführer anerkennen die Richtigkeit der Berechnung des Ausfalls aus der dahingefallenen Versteigerung der Liegenschaft (Betreibung Nr. 9861511). Strittig ist einzig, ob das Betreibungsamt berechtigt ist, den die errechnete Ausfallsumme übersteigenden Teil der in diesem Steigerungsverfahren geleisteten Baranzahlung der Beschwerdeführer zu Gunsten einer anderen Betreuung (Nr. 9861515), bei der diese als Ersteigerer ebenfalls nicht in der Lage waren, den vollen Zuschlagspreis zu bezahlen, zurückzubehalten. Das Betreibungsamt ist der Meinung eine Verrechnung gemäss Art. 120 OR stehe nicht zur Diskussion, weshalb die von den Beschwerdeführern genannten Kriterien unbeachtlich seien. Dazu ist hier nur soviel festzuhalten, dass eine Verrechnung mit einer in ihrem Umfang noch gar nicht bekannten und damit noch nicht fälligen Forderung nach Art. 120 OR in der Tat nicht möglich ist. Anders verhielte es sich möglicherweise dann, wenn diese Ausfallforderung feststünde. Diese Frage ist hier indessen nicht zu entscheiden.

Die Ausfallforderung und die haftungsrechtliche Verknüpfung mit der Baranzahlung des Ersteigerers haben ihren Grund im Betreibungsrecht. Art. 143 SchKG besagt, dass, falls die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt, der Zuschlag rückgängig gemacht wird und der frühere Ersteigerer und dessen Bürgen für den Ausfall und allen weiteren Schaden haften, wobei der Zinsverlust mit 5% berechnet wird. Über die Bezahlung und allfällige Verwertung der Ausfallforderung enthält Art. 72 der Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42) eine Regelung. So gehen allenfalls bestellte Sicherheiten im Falle einer Übernahme der Ausfallforderung

durch einen Gläubiger zur Eintreibung an denselben über. Vorliegend bezeichneten die Steigerungsbedingungen die vom Ersteigerer zu leistende Baranzahlung von Fr. 50'000.-- als Sicherheit. Dabei versteht sich von selbst, dass diese Sicherheit nur für einen allfälligen Ausfall aus der konkreten Verwertung in der Betreuung Nr. 9861511 haftet und nicht für einen solchen aus einer anderen. Das Betreibungsrecht bietet dem Betreibungsamt keine Grundlage, die an die Betreuung Nr. 9861511 geknüpfte Sicherheit auf eine andere Verwertung zu übertragen, an der zufälligerweise die gleiche Person als Ersteigerer beteiligt ist.

Die Berufung des Betreibungsamtes auf Art. 83 und Art. 97 ff. OR geht fehl, weil die Beschwerdeführer nicht Partei eines Vertragsverhältnisses sind, denn deren Haftung gründet nach dem Gesagten im Betreibungsrecht. Nicht nachvollziehbar ist ferner die Berufung auf Art. 85 OR, der die Wahlmöglichkeiten des Schuldners bezüglich Anrechnung von Teilzahlungen beschränkt. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Betreibungsamt nicht berechtigt war, die restliche Anzahlung von Fr. 34'637.85 aus Betreuung Nr. 9861511 zurückzubehalten, bis Kosten und Ausfall in der Verwertung Betreuung Nr. 9861515 feststehen.

ABSchKG 23.5.2002

3416

Summarisches Konkursverfahren. Voraussetzungen; Abgrenzung zum ordentlichen Verfahren (Art. 231 SchKG).

Sachverhalt:

Am 7. Februar 2002 hat der Kantonsgerichtspräsident über das Vermögen des im Handelsregister eingetragenen K. den Konkurs eröffnet. Nach der persönlichen Einvernahme des Gemeinschuldners und der Inventaraufnahme hat das Konkursamt mit Schreiben vom 18. Februar 2002 bei der Vorinstanz die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens beantragt. Der Kantonsgerichtspräsident hat diesem Antrag entsprochen und mit Entscheid vom 26. Februar 2002 die Durchführung des summarischen Verfahrens angeordnet, sofern nicht ein Gläubiger innert 10 Tagen nach erfolgter Publikation

die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens verlangen sollte. Dieser Entscheid wurde dem Konkursamt und dem Gemeinschuldner zugestellt. Der Gemeinschuldner hat in der Folge mit Eingabe vom 4. März 2002 gegen die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens appelliert und beantragt, es sei das Konkursamt anzuweisen, den Konkurs im ordentlichen Verfahren durchzuführen, weil genügend Aktiven für ein ordentliches Verfahren vorhanden seien.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen die Anordnung oder Ablehnung des summarischen Verfahrens sieht das Bundesrecht kein Rechtsmittel vor. Den Kantonen steht es jedoch frei, eigene Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen (*Urs Lustenberger in Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 231, N. 12). Der Kanton Appenzell A.Rh. hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Nach Art. 8 Ziff. 8 lit. b der Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) kann gegen die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens durch den Einzelrichter des Kantonsgerichtes beim Einzelrichter des Obergerichtes appelliert werden. Die Appellationsfrist beträgt 10 Tage (Art. 273 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde den Parteien am 27. Februar 2002 zugestellt. Der Appellant hat ihn frühestens am 28. Februar 2002 erhalten. Mit der am 5. März 2002 der Post übergebenen Appellationsschrift hat K. die Appellationsfrist eingehalten. Nachdem das Bundesrecht kein Rechtsmittel gegen die Anordnung oder Ablehnung des summarischen Verfahrens kennt, ist gegen diesen Entscheid kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

2. Stellt das Konkursamt nach der Konkurseröffnung fest, dass aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können, oder scheint es sich um ein einfaches Konkursverfahren zu handeln, so beantragt es nach Art. 231 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) dem Konkursgericht die Anordnung des summarischen Verfahrens. Teilt das Gericht die Ansicht des Konkursamtes, so wird der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, sofern nicht ein Gläubiger vor der Verteilung des Erlöses (nicht innert 10 Tagen nach erfolgter Publikation, wie es irrtümlich im angefochtenen Entscheid heisst) das ordentli-

che Verfahren verlangt und für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichende Sicherheit leistet (Art. 231 Abs. 2 SchKG). Das solchermassen angeordnete summarische Konkursverfahren wird vereinfacht im Sinne von Art. 231 Abs. 3 SchKG sowie den entsprechenden Bestimmungen der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32) durchgeführt.

Es ist üblich, dass das Konkursamt seinen Antrag und der Konkursrichter seinen Entscheid nur sehr summarisch begründen. Das Konkursgericht kann aber, wenn es weitere Abklärungen für notwendig erachtet, von sich aus direkt oder durch Vermittlung des Konkursamtes Auskunft verlangen und sonst notwendig scheinende Erhebungen treffen (*Carl Jaeger*, Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Zürich 1911, Art. 231, N. 5). Im vorliegenden Falle hat das Konkursamt nach der konkursrechtlichen Einvernahme des Gemeinschuldners den Antrag auf Anordnung des summarischen Verfahrens gestellt, weil es zur Ansicht gelangt war, dass die Kosten für ein ordentliches Verfahren nicht gedeckt seien.

3. In seiner Appellation und der Replik hat der Appellant verschiedene Rügen gegen die Anordnung des summarischen Verfahrens vorgebracht. Nachfolgend werden diese einzeln geprüft.

a) Der Appellant macht geltend, für die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens würden in der Regel freie Aktiven von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- benötigt. Vorliegend seien Aktiven in der Höhe von Fr. 90'000.-- vorhanden. Zudem habe der Konkursit eine Summe von Fr. 62'510.50 beim Betreibungsamt hinterlegt. Nach der gesetzlichen Regelung von Art. 231 SchKG sei beim Entscheid über die Verfahrensart nicht massgebend, wie viele Werte mit Pfandrechten belastet bzw. wie viele Werte der freien Masse zuzuordnen seien. Massgebend sei allein, ob der Erlös der inventierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich decken oder nicht.

Zur Begründung seines Antrages auf Abweisung der Appellation machte das Konkursamt geltend, dass ein Betrag von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- für die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens nicht ausreiche. Es sei dem Konkursamt bekannt, dass K. einen Betrag von gut Fr. 60'000.-- beim Betreibungsamt deponiert habe. Wem dieser Betrag zustehe, sei indessen streitig. Der Gemeinschuldner habe vor der Konkurseröffnung sein Taxigeschäft für Fr. 90'000.-- an C. verkaufen wollen. Herr C. habe am 29. Januar 2002 eine Anzahlung von Fr.

60'000.-- direkt an das Betreibungsamt bezahlt. Der Geschäftsantritt hätte am 1. Februar 2002 erfolgen sollen. Mit Schreiben vom 5. Februar 2002 habe C. aber den Rücktritt vom Vertrag erklärt und die Anzahlung von Fr. 60'000.-- wieder zurückgefordert. Am 6. Februar 2002 habe das Kantonsgerichtspräsidium einen Arrest auf den genannten Betrag bewilligt und das Betreibungsamt H. habe gleichentags den Arrest vollzogen, d.h. den Betrag eingefroren. Die Aktiven aus dem Betrieb des Taxigeschäftes des Gemeinschuldners seien in das Inventar aufgenommen worden. An diesen Gegenständen mache der Vermieter der Geschäftsräumlichkeiten sein Retentionsrecht geltend. Ein Guthaben des Gemeinschuldners bei der Raiffeisenbank mit einem Saldo von derzeit Fr. 5'773.-- sei gesperrt.

Entgegen der Auffassung des Appellanten kann mit einem Betrag von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- kein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt werden. Das ist gerichtsnotorisch. Weiter behauptet der Appellant zu Unrecht, dass für die Beurteilung der Frage, ob das summarische Verfahren anzuordnen sei, andere als frei verwertbare Aktiven massgebend sind. Im Zeitpunkt des Antrags auf Anordnung des summarischen Verfahrens zählen weder bestrittene Ansprüche noch mit Pfandrechten belastete Aktiven (Art. 39 KOV). Aufgrund der Akten sind folgende Positionen umstritten:

- Kaufpreis von Fr. 90'000.-- gemäss Vertrag vom 28. Januar 2002. Der Käufer C. ist von diesem Vertrag zurückgetreten und bezahlte den Kaufpreis nicht freiwillig in die Masse.
- Fr. 62'510.50 Depot beim Betreibungsamt. C. hat diesen Betrag als Anzahlung des Kaufpreises deponiert. Er will diese Zahlung zurück haben. Vor der Konkurseröffnung war sie verarrestiert. Die Prosequierungsbetreibung wurde durch die Konkurseröffnung zwar aufgehoben (Art. 206 SchKG). Die Position ist trotzdem umstritten.
- Die inventierten beweglichen Sachen in den Geschäftsräumen sind mit dem Retentionsrecht (gesetzliches Faustpfandrecht, Art. 268 Abs. 1 OR) des Vermieters belastet. Der Appellant ist der Ansicht, das Retentionsrecht sei erloschen. Zudem seien die Schätzungen zu tief. Über die Gültigkeit von Pfandrechten wird erst im Kollokationsverfahren entschieden (Art. 58 KOV). Das Pfandrecht ist zur Zeit umstritten. Die Forderung für verfallene Mietzinse der Vermie-

terschaft ist höher als die Schätzung der Pfandgegenstände. Die Beschwerdefrist für den Schuldner bezüglich der Schätzung beginnt erst mit der Unterzeichnung des Inventars (Art. 228 SchKG; *Urs Lustenberger*, a.a.O., Art. 227, N. 5). Die Gläubiger können die Schätzung nach der ersten Gläubigerversammlung resp. ab der Auflage von Kollokationsplan und Inventar anfechten (Art. 32 KOV). All diese fristauslösenden Ereignisse sind noch nicht eingetreten, weshalb auf die Schätzungen des Konkursamtes abzustellen ist. Die Kompetenzgegenstände scheiden mit der Rechtskraft des Inventars aus der Zwangsvollstreckung aus. Die nicht dem Retentionsrecht des Vermieters unterliegenden beweglichen Sachen in den Wohnräumen des Gemeinschuldners haben praktisch keinen Wert. Mit dem Konkursamt ist davon auszugehen, dass sich praktisch keine frei verwertbaren beweglichen Sachen in der Masse befinden.

- Einzige freie Position im Inventar scheint zur Zeit das gesperrte Konto bei der Raiffeisenbank zu sein. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die auf dieses Konto fliessenden oder geflossenen Debitorengelder vor der Konkurseröffnung zediert, d.h. aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden waren, wäre auch dieses Konto aus der Masse zu entlassen.

Unter diesen Umständen hat das Konkursamt zu Recht die Anordnung des summarischen Verfahrens beantragt, und dessen Anordnung durch die Vorinstanz ist in keiner Weise zu beanstanden.

b) Im Übrigen ist auch die zweite Voraussetzung des summarischen Verfahrens erfüllt. Aufgrund der Akten ist sofort ersichtlich, dass es sich beim Konkurs über das Vermögen von K. um ein einfaches Verfahren handelt (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Zwar scheint die Gültigkeit des von K. und C. noch vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Kaufvertrags strittig. Falls sich die Parteien nicht einigen sollten, wird ein Gericht diesen Streit zu entscheiden haben, wobei es die Masse vermeiden wird, selbst in die Kläger- oder Beklagtenrolle gedrängt zu werden und entsprechende Ansprüche den Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung offerieren wird. Selbst wenn die Kosten eines ordentlichen Konkursverfahrens gedeckt wären, hätte das Konkursamt berechtigterweise den Antrag auf Anordnung

des summarischen Verfahrens gestellt und die Vorinstanz dieses zu Recht angeordnet.

c) K. will seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag im Konkurs vorschlagen. Diese Möglichkeit ist in Art. 332 SchKG vorgesehen. Im ordentlichen Konkursverfahren wird an der 2. Gläubigerversammlung über einen solchen Nachlassvertrag verhandelt (Art. 332 Abs. 1 SchKG). Im summarischen Verfahren werden die Gläubiger frühestens nach Rechtskraft des Kollokationsplans auf dem Zirkularweg zur Stellungnahme eingeladen (*Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler* in *Stahelin/Bauer/Stahelin* [Hrsg.], a.a.O., Art. 332, N. 10). Wenn der Gemeinschuldner die entsprechenden Kosten vorschiesst, kann auch im summarischen Verfahren eine Gläubigerversammlung durchgeführt werden (Art. 96 lit. a KOV). Entgegen der Ansicht des Appellanten besteht somit kein Anlass, wegen des von ihm in Aussicht genommenen Nachlassvorschlags, trotz fehlender Voraussetzungen, das ordentliche Verfahren durchzuführen.

d) Nach Art. 231 Abs. 2 SchKG kann jeder Gläubiger bis zur Verteilung der Erlöse das ordentliche Verfahren verlangen, sofern er die dazu benötigten Kosten deckt. In der Replik hat der Appellant mitgeteilt, dass seine Eltern voraussichtlich wichtige Gläubiger in seinem Konkurs sein würden. In einer Beilage zur Replik liessen die Eltern des Appellanten dem Gericht mitteilen, dass sie aus Gründen der Transparenz an den konkursrechtlichen Gläubigerversammlungen teilnehmen möchten und demzufolge die Durchführung eines ordentlichen Konkursverfahrens wünschen. Die Eltern des Gemeinschuldners können, wie erwähnt, als Gläubiger die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen und die dazu notwendigen Kosten vorschliessen. Ein entsprechendes Begehren wäre aber weder bei der oberen Gerichtsinstanz noch beim Konkursrichter einzureichen, sondern beim Konkursamt.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anordnung des summarischen Verfahrens im Konkurs über das Vermögen von K. durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden und die Appellation demzufolge abzuweisen ist.

OGP 26.3.2002

3417

Arrest. Arrestbewilligungsverfahren über zwei Instanzen, fehlender Wohnsitz des Schuldners (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 272 SchKG, Art. 9 Ziff. 2 ZPO).

Aus den Erwägungen:

1. Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen, wenn der Schuldner unter anderem keinen festen Wohnsitz hat (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Der Arrest wird vom Richter des Ortes bewilligt, wo die Vermögensgegenstände sich befinden, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Das Arrestbewilligungsverfahren ist einseitig. Der Schuldner wird nicht angehört. Falls der Arrest bewilligt wird, erhält der Schuldner erst beim Vollzug durch das Betreibungsamt Kenntnis vom Arrestbefehl (BGE 107 III 29; *Kurt Amonn*, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 51, N. 63; *Walter A. Stoffel*, in *Stahelin/Bauer/Stahelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 272, N. 45). Dies entspricht der Dringlichkeit der Massnahme und hat auch zum Zwecke, dass der Schuldner nicht vor dem Arrestvollzug die zu verarrestierenden Gegenstände beiseite schaffen kann. In den Kantonen, in denen die Ablehnung des Arrestgesuchs an eine obere Instanz weitergezogen werden kann, wie in Appenzell A.Rh. (Art. 9 Ziff. 2 ZPO), gilt das erst- und zweitinstanzliche Verfahren als Arrestbewilligungsverfahren. Die Vorinstanz hätte dem Schuldner daher weder ihren das Arrestbegehren ablehnenden Entscheid noch eine Appellationsanzeige zustellen sollen.

2. Die Arrestforderung wie auch das Vorhandensein von Arrestgegenständen ist aufgrund der Akten ohne weiteres glaubhaft. Umstritten ist hingegen, ob es der Gläubigerin gelungen ist, das Fehlen eines Wohnsitzes von G. glaubhaft zu machen. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass das Betreibungsrecht in der Frage des Wohnsitzes des Schuldners grundsätzlich vom Zivilrecht ausgeht (Art. 23 ff. ZGB). Hingegen ist Art. 24 ZGB, wonach jemand einen faktisch aufgegebenen Wohnsitz rechtlich beibehält, solange er keinen neuen

begründet hat, im Betreibungsrecht und damit auch im Arrestbewilligungsverfahren nicht anwendbar (*Amonn*, a.a.O., § 10, N. 11; *Eugen Bucher*, Berner Kommentar, Vorbemerkungen Art. 22-26 ZGB, N. 48; *Walder/Kull/Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 1997, Art. 46, N. 8). An dieser Einschränkung des Wohnsitzbegriffes des ZGB hat die am 1. Januar 1997 in Kraft getretene grosse Revision des SchKG nichts geändert (BBl 1991 III, S. 49).

Es ist gerichtsnotorisch, dass G. seinerzeit in T. Wohnsitz hatte. Abklärungen der Vorinstanz haben ergeben, dass er vom 1. Januar 2000 bis zum 1. Januar 2001 in T. auch ordnungsgemäss angemeldet war. Bei seiner Abmeldung bei der Einwohnerkontrolle hatte G. angegeben, nach Zürich wegzuziehen. Mit seiner Abmeldung aus T. hatte G. seinen Willen beendigt, in T. seinen Lebensmittelpunkt zu behalten. Seither ist kein neuer Wohnsitz des Schuldners bekannt, resp. es ist zumindest glaubhaft, dass G. keinen neuen Wohnsitz begründet hat. Damit ist der von der Gläubigerin behauptete Arrestgrund erstellt. Ihr Arrestbegehren ist begründet, was zur Gutheissung der Appellation und zur Verarrestierung der Überschüsse aus der Verwertung der Grundstücke Nrn. 535 und 541 Grundbuch T. führt.

OGP 02.2.2002

2.5. Strafprozess

3418

Ausführungsgefahr. Bezüglich der Ausführungsgefahr ist es nicht erforderlich, dass der Verdächtige konkrete Anstalten getroffen hat, um das befürchtete Verbrechen zu vollenden. Vielmehr genügt es, wenn sich aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Verdächtigen sowie der Umstände ergibt, dass die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung als sehr hoch erachtet werden muss. Die Abschätzung des Wahrscheinlichkeitsgrades ist aufgrund einer Gesamtwertung aller massgeblichen Aspekte zu treffen.

Sachverhalt:

Der Gesuchsgegner ist Vater dreier Kinder. Sein mittleres Kind X., ist 15 Jahre alt und besucht in Y. die Realschule. Zwischen Vater und Tochter besteht ein schwerwiegender Erziehungskonflikt, in dessen Verlauf es auch zu körperlichen Übergriffen des Vaters gegenüber der Tochter gekommen ist. Dem Gesuchsgegner wird von den Untersuchungsbehörden vorgeworfen, am 28. November 2001 anlässlich eines Gespräches zwischen dem Gesuchsgegner und zwei Lehrern von X. damit gedroht zu haben, X. zu töten.

Der Einzelrichter des Kantonsgerichtes, der die Anordnung der Untersuchungshaft gestützt auf Art. 107 Abs. 2 StPO innerhalb von 3 Werktagen zu überprüfen hat, bestätigte die durch das Verhöramt verfügte Haft.

Erwägungen:

Als besondere Haftgründe angerufen sind in casu Kollusions- (Art. 98 Abs. 1 Ziffer 2 StPO) sowie Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr gemäss Ziffer 3 von Art. 98 Abs. 1 StPO (vgl. auch Art. 5 Ziffer 1 lit. c EMRK und *Andreas Keller*, Die Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen, AJP 2000, S. 940f).

Bezüglich der Ausführungsgefahr ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 125 I 367) nicht erforderlich, dass der Verdächtige konkrete Anstalten getroffen hat, um das befürchtete Verbrechen zu vollenden. Vielmehr genügt es, wenn sich aufgrund

der persönlichen Verhältnisse des Verdächtigten sowie der Umstände ergibt, dass die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung als sehr hoch erachtet werden muss (vgl. auch ZGGVP 1987, S. 149 und ABSH 1987, S. 108). Die Abschätzung des Wahrscheinlichkeitsgrades ist aufgrund einer Gesamtwertung aller massgeblichen Aspekte zu treffen (BGE 125 I 367).

Zwischen dem Gesuchsgegner und seiner Tochter besteht offensichtlich ein schwerwiegender Erziehungskonflikt. Ursachen dafür scheinen unter anderem der vom Gesuchsgegner nicht verstandene altersgemässe Drang seiner Tochter, ihren Bewegungsspielraum auszudehnen, sowie der Umstand, dass X. als schwarzes Schaf der Familie angesehen wird, zu sein. Dieser Konflikt hat ein für hiesige Verhältnisse aussergewöhnliches Ausmass angenommen, indem nämlich der Gesuchsgegner seine Tochter geschlagen hat. Aussergewöhnlich dabei ist, dass die Tochter bereits 15 Jahre alt ist, dass es sich nicht nur um einen Einzelfall gehandelt hat (so die Angabe der Mutter) und insbesondere, dass der Gesuchsgegner ein Werkzeug benutzt hat. Ob es sich dabei um einen Gurt, einen grossen oder bloss einen kleinen Holzstock, wie der Gesuchsgegner anlässlich der Anhörung zu verharmlosen versuchte, handelt, ist unerheblich. Es bleibt dabei, dass der Gesuchsgegner die Persönlichkeitsrechte seiner Tochter bereits ganz massiv verletzt hat. Kommt nun hinzu, dass X. geäussert hat, sie sei vom Vater des Gesuchsgegners sexuell missbraucht worden, und dass diese Äusserung via „Kolleginnen“ von X. den Weg in die Öffentlichkeit gefunden hat. Es handelt sich dabei um einen schweren Vorwurf, der zwar den Gesuchsgegner nicht direkt betrifft, der von ihm aber als Angriff auf die Familienehre verstanden worden ist.

Die vom Gesuchsgegner gegen seine Tochter ausgestossenen Todesdrohungen - die von ihm zugestanden und im Übrigen durch die Aussagen der Lehrkräfte hinreichend ausgewiesen sind - sind nicht im Affekt, etwa nach Kenntnisnahme des Missbrauchsvorwurfs, erfolgt, sondern einige Zeit danach anlässlich eines Gespräches zwischen dem Gesuchsgegner und den Lehrern von X. Gemäss der von den Lehrern erstellten Gesprächsnotiz hat der Gesuchsgegner die Todesdrohung nicht nur einmal ausgestossen, sondern wiederholt.

Schliesslich darf nicht übersehen werden, dass der Gesuchsgegner aus Bosnien-Herzegowina stammt. Dass er sich - eigenen Angaben zufolge - bereits seit 22 Jahren in der Schweiz aufhält, vermag

nicht darüber hinwegzutäuschen, dass für ihn der Familienehre noch ein ganz anderer Stellenwert zukommt als für einen im mitteleuropäischen Kulturkreis aufgewachsenen Menschen (vgl. dazu Pra. 2000, Nr. 36 und Pra. 86, Nr. 14). Es ergibt sich dies u.a. aus seinen Äusserungen gegenüber den Lehrern, X. bringe Schande über die Familie und seine Familie habe kein Gesicht mehr.

Ausgehend von diesen Umständen müssen konkrete Anzeichen für die Annahme einer Ausführungsgefahr bejaht werden. Es handelt sich dabei um mehr als eine bloss hypothetische Möglichkeit. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesuchsgegner seine Drohung wahrmacht und X. schwere Gewalt zufügt oder sie sogar tötet. Es ist im jetzigen Zeitpunkt nicht verantwortbar, den Gesuchsgegner ohne sorgfältige psychiatrische Begutachtung auf freien Fuss zu setzen.

Ob die Ausführungsgefahr dadurch gebannt werden kann, dass für X. durch die Vormundschaftsbehörde ein sicherer Unterbringungsort gefunden kann, wird sich weisen.

Die Voraussetzungen zur Bestätigung der Untersuchungshaft sind demnach erfüllt.

KGP 5.12.2001

3419

Teilfreispruch. Kostenaufgabe. Kein grundsätzlicher Anspruch auf Kostenbefreiung. Abweichung vom Grundsatz, wonach die Kosten bei Einsprachen analog den Rechtsmitteln gemäss Art. 245 StPO zu verlegen sind (Art. 242 StPO).

Sachverhalt:

Der Angeklagte wurde mit Strafverfügung des Verhörortes wegen Vereitelung der Blutprobe, pflichtwidrigen Verhaltens nach einem Unfall mit Sachschaden und wegen Verkehrsregelverletzung verurteilt. Auf Einsprache des Angeschuldigten hin erfolgte mit von der Staatsanwaltschaft genehmigter Überweisungsverfügung des Verhörortes die Leitung des Verfahrens an das Kantonsgericht zur gerichtlichen Beurteilung. Das Kantonsgericht, 4. Abteilung, sprach den Angeklagten daraufhin des pflichtwidrigen Verhaltens nach einem Unfall mit

Sachschaden sowie des Übertretens einer Strassenverkehrsvorschrift schuldig, hingegen wurde er von der Anklage der Vereitelung einer Blutprobe freigesprochen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Art. 242 StPO regelt die Kostenpflicht des Beschuldigten im erstinstanzlichen Strafverfahren. Darnach hat er die Kosten zu tragen, wenn er verurteilt wird oder wenn er durch verwerfliches oder unkorrektes Verhalten Anlass zum Strafverfahren gegeben oder dessen Durchführung erschwert hat (Abs. 1). Von der Kostenpflicht kann er ganz oder teilweise befreit werden, wenn er 1. nur teilweise im Sinne der Anschuldigung verantwortlich ist, 2. die Kosten nicht veranlasst hat (Abs. 2).

In jüngerer Zeit ist die Tragweite dieser Bestimmung durch die von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 6 Ziff. 2 EMRK beeinflusste Bundesgerichtspraxis verdeutlicht worden. Nach BGE 109 Ia 162 ff. müssen zum einen die aufzuerlegenden Kosten kausale Folge des Verhaltens der angeschuldigten Person sein. Ferner verlangte das Bundesgericht, dass dem Beschuldigten ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt wird, das aufgrund zivilrechtlicher oder ethischer Regeln (nicht aber strafrechtlicher Normen) vorwerfbar ist. Dieses zweite Erfordernis wurde in einem späteren Urteil insoweit geändert, als die Zulässigkeit der Kostenaufgabe wegen eines ethisch vorwerfbaren Verhaltens verneint wurde (BGE 116 Ia 167 ff., Erw. 2b). Somit gilt für die Kostenpflicht eine den zivilrechtlichen Grundsätzen (Art. 41 OR) angenäherte Haftung für fehlerhaftes, zur Einleitung oder Erschwerung eines Prozesses führendes Verhalten. Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR ist zu bejahen, wenn ein Verhalten gegen Normen verstösst, die direkt oder indirekt das Vermeiden schädigender Handlungen vorschreiben (BGE 116 Ia 169). Solche Verhaltensregeln können sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben, also aus Privatrecht, Strafrecht oder Verwaltungsrecht. Ein klarer, zivilrechtlich vorwerfbarer Verstoss gegen solche Verhaltensweisen rechtfertigt eine Kostenaufgabe (BGE 119 Ia 334).

b) Die Kostenappellation stützt sich darauf, dass der Angeklagte vom Vorwurf der Vereitelung der Blutprobe freigesprochen und lediglich des pflichtwidrigen Verhaltens nach einem Unfall mit Sachschaden sowie der einfachen Verkehrsregelverletzung schuldig gespro-

chen wurde. Der Grundsatz der Kostenverlegung nach Art. 242 StPO beruht auf dem Gedanken, dass nur derjenige für die Kosten aufkommen soll, welcher das Verfahren durch sein Verhalten verursacht hat. Kommt es zu einer Verurteilung des Angeklagten, so heisst dies, dass er die Einleitung des Verfahrens verschuldet und deshalb grundsätzlich auch die Kosten zu tragen hat (*Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, N. 1200). Bei einem Teilfreispruch gilt das Prinzip der adäquaten Verursachung. Dabei kommt es nicht darauf an, wie weit das Urteil der Anklage folgt (vgl. ZR 72, Nr. 107, S. 294). Eine Abwägung des teilweisen Obsiegens und Unterliegens wie dies im Zivilprozess die Regel bildet, ist dem Strafverfahren fremd. In diesem Sinne ist der Vorinstanz zu folgen, wenn sie unter Berufung auf die Meinung von *Bänziger/Stolz/Kobler*, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 2. Aufl., N. 8 zu Art. 242 StPO, einen grundsätzlichen Anspruch auf Kostenbefreiung bei einem Teilfreispruch verneint und diese Kostenbefreiung davon abhängig gemacht hat, ob eine klare Ausscheidung der Kosten möglich sei und ob ein prozessuales oder ausserprozessuales Verschulden vorliege.

Grundlage der Anklage wegen pflichtwidrigen Verhaltens und wegen Vereitelung der Blutprobe bildet im vorliegenden Fall ein und derselbe Lebensvorgang, nämlich die Tatsache, dass sich der Angeklagte nach einer Kollision mit einer Mauer ohne Meldung zu erstatten vom Unfallplatz entfernte. Dieser Sachverhalt war adäquat kausal für das in der Folge angehobene Strafverfahren. Eine eindeutige Zuordnung von Untersuchungskosten an den Tatbestand der Vereitelung bzw. an denjenigen des pflichtwidrigen Verhaltens ist weder möglich noch angebracht. Dass in einem dieser Tatbestände vor Kantonsgericht ein Freispruch erfolgte, führt demgemäss nicht zu einer teilweisen Kostenbefreiung.

c) aa) Der Appellant wendet ein, eine Busse wegen der Übertretungstatbestände hätte er anerkannt, so dass sich ein Gerichtsverfahren erübrigt hätte. Dabei übersieht er, dass ein Anspruch auf den Erlass einer Strafverfügung nicht besteht. Diese ist ein Erledigungsvorschlag, welcher den Verfahrensaufwand im Interesse sowohl des Beschuldigten wie auch des Staates minimiert. Hingegen steht es dem Verhöramt frei, ein in seine Kompetenz fallendes Verfahren mit Überweisungsverfügung zu erledigen (*Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 6 zu Art. 178 StPO). Zu einer Überweisung bestand vorliegend angesichts des getrübteten automobilistischen Leumunds des Beschul-

digten, namentlich der zwei Verurteilungen wegen Fahrens in ange-trunkenem Zustand, hinreichend Anlass. Dazu kommt, dass der vor-liegende Fall keineswegs als klar im Sinne von Art. 178 Abs. 1 StPO zu qualifizieren war.

bb) Der Appellant beruft sich sodann auf einen obergerichtli-chen Grundsatzentscheid vom 25.8.1991, wonach die Kosten bei Einsprachen analog den Rechtsmitteln gemäss Art. 245 StPO zu ver-legen sind (AR GVP Sammelband 1988, Nr. 3117). Diese Praxis ist von *Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 9 zu Art. 242 StPO kritisiert wor-den. Zu Recht, denn bei der Einsprache handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um einen Rechtsbehelf, mit dem die Durchfüh-rung des ordentlichen Verfahrens eingeleitet wird. An dem im erwähn-ten Urteil aufgestellten Grundsatz kann deshalb nicht festgehalten werden.

d) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz den Angeklagten zu Recht kostenpflichtig erklärt und ihm die vollen Unter-suchungskosten nebst einer Gerichtsgebühr auferlegt hat.

Die Zusprechung einer Entschädigung setzt nach Art. 246 StPO vor-aus, dass kein prozessuales oder ausserprozessuales Verschulden vorliegt (*Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 11 zu Art. 246 StPO). Dies bedeutet praxisgemäss, dass der gleiche Massstab wie bei der Auf-la-ga der Verfahrenskosten anzuwenden ist. Nachdem der Angeklagte voll kostenpflichtig erklärt worden ist, bleibt ihm auch eine Entschädi-gung versagt.

OGer 30.4.02