



Appenzell Ausserrhoden

Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis

AR GVP

17/2005

A.

Verwaltungsentscheide

1420

Baubewilligungsverfahren. Gestaltungsvorschriften. Bei der Auslegung von kommunalen Ästhetikvorschriften auferlegt sich die kantonale Rekursinstanz eine gewisse Zurückhaltung.

3. a) Die Gestaltung der Siedlungen, Bauten und Anlagen ist eines der Anliegen, auf welches die Behörden bei der Erfüllung ihres Raumplanungsauftrages Rücksicht zu nehmen haben. Insbesondere haben die mit Planungsaufgaben Betrauten darauf zu achten, dass sich Bauten und Anlagen in die Landschaft einordnen, was dann der Fall ist, wenn sich einerseits die einzelnen Bauwerke in sie einordnen, andererseits Einzelbauten untereinander ein ausgewogenes Siedlungsbild ergeben (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG; SR 700; *EJPD/BRP, Erläuterungen zum RPG, N. 31 zu Art. 3*). In diesem Sinne bestimmt Art. 112 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG; bGS 721.1), dass sich Bauten und Anlagen so in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einzufügen haben, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht (Einordnungsgebot); sie dürfen das Orts-, Quartier- und Landschaftsbild nicht wesentlich beeinträchtigen (Beeinträchtigungsverbot).

Daneben sind auch die Gemeinden befugt, eigene Gestaltungsvorschriften zu erlassen. Das kantonale Recht lässt mithin den Gemeinden im Bereich der Gestaltung einen geschützten Autonomiebereich. Dies ermöglicht den Gemeinden unter anderem, auf ihre eigenen örtlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen und lokale öffentliche Interessen im Bereich des Bauwesens zu wahren. Inhaltlich müssen diese Bestimmungen über die kantonalen Vorschriften, die als Grundanforderung zu betrachten sind, welchen jedes Bauvorhaben zu genügen hat, hinausgehen, damit ihnen selbständige Bedeutung zukommt. Gleichzeitig haben sie sich als verfassungs- und verhältnismässig zu erweisen. In Ergänzung oder Verfeinerung der ortsplanerischen Grundordnung regeln Sondernutzungspläne, zu welchen die Quartierpläne zählen, die Überbaubarkeit von Teilgebieten der Gemeinde (Art. 37 BauG). In diesem Sinne bestimmt Art. 4 des Quartier-

plans S., dass „Bauten und Anlagen sowie Teile davon so zu gestalten sind, dass sie sich in Bezug auf Dachform, Dachabschlüsse, Vordächer, Proportionen und Gliederung der Fassaden sowie der Material- und Farbwahl gut in das charakteristische Orts- und Strassenbild einfügen“.

b) Nach Art. 33 Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) können mit einem Rekurs alle Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und der angefochtenen Verfügung gerügt werden. Daraus ergibt sich, dass der Rekursinstanz grundsätzlich volle Überprüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zusteht. Indes ergeben sich etwa bei Ermessensbestimmungen des kommunalen Rechts, oder dort, wo das kantonale Recht den Gemeinden eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt, aufgrund der Gemeindeautonomie bestimmte Einschränkungen dieses Grundsatzes. In diesem Sinne auferlegen sich die Verwaltungsbehörden bei der Auslegung von Ästhetikvorschriften eine gewisse Zurückhaltung; sie heben einen Entscheid nicht wegen einer anderen ästhetischen Wertung des Falles auf. Ein Einschreiten ist hingegen dann gerechtfertigt, wenn die umstrittene kommunale Lösung aus dem Blickwinkel der übergeordneten Interessen als unzweckmässig erscheint (*vgl. BGE 116 Ia 227, 113 Ia 194f.*). Eine blosser Willkürprüfung würde nicht ausreichen (*vgl. BGE 115 Ia 6ff.*).

Bei der Anwendung von Art. 4 des Quartierplans S. steht der Gemeinde S. eine gewisse Ermessensfreiheit, wie oben erwähnt, zu. Die Rekursinstanz hebt folglich den Entscheid des Gemeinderats nicht ohne weiteres auf, es sei denn, es würde ein offensichtlicher Ermessensmissbrauch vorliegen. Der Gemeinderat S. hat in seinem Entscheid begründet und dargelegt, weshalb er die geplante Fassadenart nicht bewilligt. Er hat erläutert, dass das gewünschte Wabeneternet auf der Südfassade aufgrund der einheitlichen Gestaltung der Siedlung keine befriedigende Wirkung mit der konkreten Umgebung ergibt und ausgeführt, dass im Sinne der Sonderbauvorschriften des Quartierplans eine differenzierte Fassadengestaltung der verschiedenen Wohneinheiten nicht zugelassen werden darf. Ihm geht es dabei primär um den Schutz des Ortsbilds, wozu eine einheitliche Fassadengestaltung zählt. Der Entscheid des Gemeinderats erscheint aus diesen Gründen vertretbar. Ein Ermessensmissbrauch ist in der betreffenden Angelegenheit nicht ersichtlich.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 11.08.2005

1421**Baubewilligungsverfahren. Unterirdische Bauten. Grenzabstand.**

5. a) Als Grenzabstand bezeichnet das Baureglement die horizontal gemessene, kürzeste Entfernung zwischen der Umfassungswand des Gebäudes und der Grenze zum Nachbargrundstück (Art. 14 Abs. 1 BR; Art. 8 Abs. 1 Bauverordnung, BauV, bGS 721.11). Dabei wird zwischen einem grossen und einem kleinen Grenzabstand unterschieden. Der grosse Grenzabstand ist auf der gegen die südliche Himmelshälfte orientierten Hauptwohnseite einzuhalten, der kleine Grenzabstand gilt für die übrigen Gebäudeseiten (Art. 14 Abs. 2 BR, Art. 8 Abs. 2 BauV). Für gewisse Arten von Bauten weicht das Baureglement von den Werten der Regelbauvorschriften für Grenzabstände in privilegierender Weise ab. Dies gilt für Vorbauten (Art. 12 BauV, Art. 20 BR), unterirdische Bauten (Art. 13 BauV, Art. 21 BR) sowie An- und Nebenbauten und provisorische Bauten (Art. 11 BauV, Art. 22 BR). Für unterirdische Bauten ist namentlich ein Grenzabstand von 1 Meter vorgesehen. Wenn diese Bauten hinsichtlich des Grenzabstandes privilegiert werden, so steht dahinter offensichtlich die Überlegung, dass durch sie die Interessen, um derenwillen die Abstandsvorschriften aufgestellt worden sind, nicht in erheblicher Weise tangiert werden können.

b) Im vorliegenden Fall beabsichtigt A. die Erstellung eines Mehrfamilienhauses einschliesslich einer Tiefgarage auf Parz. X. Diese Parzelle liegt in der Zone W3. Nach den Regelbauvorschriften (Art. 24 Abs. 1 BR) gilt in dieser Zone ein kleiner Grenzabstand von mindestens 5 Metern und ein grosser Grenzabstand von mindestens 8 Metern. Aus den massgebenden Plänen ist ersichtlich, dass in Bezug auf die Parzelle des Rekurrenten für das Wohnhaus ein Grenzabstand von 5 Metern, für die Tiefgarage indes lediglich ein Grenzabstand von 1 Meter vorgesehen ist. Die Bauherrschaft macht aber sinngemäss geltend, dass die Tiefgarage zumindest in diesem Bereich eine unterirdische Baute im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BR darstelle, womit der massgebende Grenzabstand von 1 Meter (Art. 21 Abs. 2 BR) eingehalten sei und damit das Bauvorhaben den Grenzabstand auf dieser Gebäudeseite insgesamt betrachtet einhalte.

c) Nach Art. 21 Abs. 1 BR gelten als unterirdische Bauten „unbewohnte und keinem regelmässigen Aufenthalt von Personen dienende

Bauten oder Teile davon, die sowohl unter dem gewachsenen als auch mindestens dreiseitig unter dem gestalteten Terrain liegen.“ Das Baureglement verlangt mithin nicht, dass die gesamte Baute diese Voraussetzungen erfüllen muss. Es genügt nach der Formulierung von Art. 21 Abs. 1 BR wenn nur ein Teil der Baute sowohl vollständig unter dem gewachsenen wie auch mindestens dreiseitig unter dem gestalteten Terrain liegt, wobei auch nur dieser Teil als unterirdische Baute im Sinne des Baureglements gelten kann und als Folge in den Genuss eines geringeren Grenzabstandes gelangt. Wichtig erscheint damit in Bezug auf den Grenzabstand für unterirdische Bauten vor allem, wie sich eine Baute im Verhältnis zu den Nachbargrundstücken darbietet. So kann je nach den Geländebeziehungen bei abfallendem Terrain eine Baute im Verhältnis zu einem Nachbargrundstück als unterirdische Baute erscheinen, obschon sie auf einer anderen Seite die geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt (vgl. *Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, Nr. 9 zu § 10*). Indes muss zumindest derjenige Teil der Baute, welcher einen geringeren als den in den Regelbauvorschriften geforderten Abstand in Anspruch nimmt, sowohl unter dem gewachsenen, als auch mindestens dreiseitig unter dem gestalteten Terrain liegen. Es ist noch darauf hinzuweisen, dass Art. 13 BauV, welcher den gleichen Wortlaut wie Art. 21 BR aufweist, im gegebenen Fall nicht zur Anwendung kommt. Die Bestimmungen der kantonalen Bauverordnung wurden von der Gemeinde Speicher noch nicht übernommen.

d) Die interessierende Tiefgarage kommt auf ihrer Ostseite, d.h. gegen die an die Liegenschaft des Rekurrenten angrenzende Seite, vollständig unter dem gewachsenen und dem gestalteten Terrain zu liegen. Auf der Südseite liegt die Tiefgarage nur teilweise unter dem gewachsenen Terrain. Damit ist zwar ausgeschlossen, dass die ganze Tiefgarage als unterirdische Baute betrachtet werden kann. Indes liegt die Tiefgarage auf ihrer Ost-, West und Nordseite sowohl mindestens dreiseitig unter dem gestalteten als auch vollständig unter dem gewachsenen Terrain. Damit gilt dieser Teil der Tiefgarage als unterirdische Baute. Gleichzeitig weist dieser als unterirdische Baute geltende Teil in jenem Bereich einen Grenzabstand von 1 Meter auf. Damit steht fest, dass der Grenzabstand insofern eingehalten ist.

Entscheid der Baudirektion vom 20.04.2005

1422

Baubewilligungsverfahren. Art. 8 Abs. 4 BauV. Gebäudeabstand. Grenzabstand. Steht auf dem Nachbarsgrundstück ein Gebäude mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand, genügt anstelle des Gebäudeabstands die Einhaltung des Grenzabstands, wenn nicht wichtige öffentlichen oder private Interessen entgegenstehen. Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt.

3. a) Gemäss Art. 8 Abs. 4 der kantonalen Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) genügt anstelle des Gebäudeabstands die Einhaltung des Grenzabstands, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand steht und nicht *wichtige öffentliche oder private* Interessen entgegenstehen. Diese Bestimmung deckt sich im Wesentlichen mit Art. 9 Abs. 4 des Baureglements W. (BR), wonach anstelle des Gebäudeabstands die Einhaltung des Grenzabstands ausreicht, wenn auf dem Nachbargrundstück ein nach altem Recht erstelltes Gebäude mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand steht und nicht *wichtige* Interessen entgegenstehen.

b) Es ist unbestritten, dass das Gebäude der Rekurrenten als Folge der Besitzstandgarantie den in der Zone W 2 geltenden Grenzabstand von 4 m zur Parzelle der Bauherrschaft unterschreitet. Ebenfalls unbestrittenermassen hält das Bauvorhaben des Rekursgegners zwar den Grenzabstand ein, nicht jedoch den Gebäudeabstand. Da die Voraussetzung des Nachbargebäudes mit einem geringeren als dem geltenden Grenzabstand gemäss Art. 8 Abs. 4 BauV erfüllt ist, gilt es demnach zu prüfen, ob der Unterschreitung des Gebäudeabstands wichtige öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

c) Grenz- und Gebäudeabstände bezwecken Einflüsse von Bauten und ihrer Benutzung auf Nachbargrundstücke zu mindern. Die öffentlichen Interessen an den Grenz- und Gebäudeabständen liegen auf den Gebieten der Feuer- und der Gesundheitspolizei, der guten Gestaltung der Siedlungen ohne zu dichte Überbauungen und der Ästhetik (*Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1971, S. 426 f.*) Die privaten Interessen am Gebäudeabstand bestehen darin, die Wohnhygiene und insbesondere die Besonnung und den Schutz vor Einsicht sicherzustellen.

d) Die Rekurrenten rügen eine Verminderung der Wohnqualität und machen geltend, durch Lichtentzug werde die Wohnhygiene beeinträchtigt. Die Liegenschaft der Rekurrenten ist gegen Südosten ausgerichtet. Das Bauvorhaben der Rekursgegner ist jedoch gegenüber der nordwestlichen Seite der Liegenschaft der Rekurrenten geplant, womit der vorgesehene Neubau die Besonnung der rekurrentischen Liegenschaft - wenn überhaupt - nur geringfügig einschränken dürfte. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass am Augenschein vom 7. September 2005 die Visiere um 14.30 Uhr nachmittags noch keinen Schatten auf das Gebäude der Rekurrenten geworfen haben. Selbst wenn die Besonnung durch den Neubau eingeschränkt würde, ist hervorzuheben, dass die Wohnräume der Rekurrenten sich auf der Südostseite der rekurrentischen Liegenschaft befinden, während auf der Nordwestseite lediglich Küche und Bäder platziert sind. Damit dürfte eine allfällige Verminderung der Wohnqualität selbst bei einem allfälligen Sonnenentzug als äusserst geringfügig taxiert werden. Andere wohnhygienische Gründe sind ebenfalls nicht ersichtlich, zumal durch den Neubau keine Einsicht in die Wohnräume gewährt wird. Das Departement Bau und Umwelt kommt demzufolge zum Schluss, dass durch die Unterschreitung des Gebäudeabstandes keine wichtigen privaten Interessen tangiert werden.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 24.10.2005

1423

Baubewilligungsverfahren. Art. 94 Abs. 2 BauG. Bestandesgarantie innerhalb der Bauzone. Voraussetzungen unter denen Bauten, welche ursprünglich rechtmässig erstellt worden sind und der geltenden Nutzungsordnung oder den Bauvorschriften nicht mehr entsprechen, erweitert werden können. Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt.

4. a) Gemäss Art. 94 Abs. 1 BauG bleiben der Weiterbestand, der Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung bestehender Bauten, die der Nutzungsordnung oder den Bauvorschriften nicht mehr entsprechen, gewährleistet. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann bei

Bauten gemäss Absatz 1 eine Zweckänderung oder eine angemessene Erweiterung gewährt werden wenn a) die Bauten ursprünglich rechtmässig erstellt wurden, b) der Widerspruch zum geltenden Recht nicht wesentlich verstärkt wird und c) keine wesentlichen öffentlichen Interessen verletzt werden.

b) Vorweg ist festzuhalten, dass diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Der bestehende Sitzplatzanbau wurde ursprünglich rechtmässig erstellt und widersprach aufgrund geänderter Abstandsvorschriften und der Zuweisung des südlichen Teils der Parzelle A. zur Grünzone erst nachträglich der rechtsgültigen Bauordnung. Damit ist die Voraussetzung von Art. 94 Abs. 1 lit. a BauG erfüllt. Somit stellt sich im Folgenden die Frage, ob der Widerspruch zum geltenden Recht nicht wesentlich verstärkt wird (Art. 94 Abs. 1 lit. b BauG). Eine Verstärkung des Widerspruchs zum geltenden Recht liegt vor, wenn eine bereits verletzte Vorschrift in noch stärkerem Mass verletzt wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein bereits unterschrittener Grenzabstand noch weiter unterschritten oder aber durch zusätzliche Bauteile unterschritten wird und gilt somit selbst dann, wenn das Mass der Unterschreitung gleich bleibt. Eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit ist wesentlich, wenn der Schutzzweck der Norm zum einen erheblich beeinträchtigt wird, zum anderen, wenn die Erweiterung des bestehenden rechtswidrigen Teils für sich allein oder zusammen mit dem weiteren Gebäude als bedeutsam bezeichnet werden muss (vgl. *Balthasar Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 749 ff.*). Wie oben aufgeführt, würden durch den geplanten Wintergartenanbau sowohl der Strassenabstand, der Grenzabstand und der Bauabstand gegenüber dem H.weg noch weiter bzw. zusätzlich unterschritten, womit die Rechtswidrigkeit verstärkt würde. Auch wenn dies allein noch nicht als wesentliche Verstärkung des Widerspruchs zum geltenden Recht erscheinen mag, kann aufgrund der zusätzlichen Beeinträchtigung der Grünzone die Verstärkung des Widerspruchs zum geltenden Recht nicht als unwesentlich bezeichnet werden. Wie bereits angetönt herrscht in Grünzonen ein beschränktes Bauverbot. Bauten sind somit nur in ganz beschränktem Ausmass zulässig und dies nur, soweit sie dem Zonenzweck nicht entgegenstehen. Da der Wintergarten einer Verbesserung der Wohnqualität dienen dürfte, würde der Schutzzweck der Grünzone erheblich beeinträchtigt. Damit ist die Erweiterung des bestehenden rechtswidrigen Teils als bedeutsam zu qualifizieren. Es kann infolgedessen

festgehalten werden, dass durch den Wintergartenanbau der Widerspruch zum geltenden Recht *wesentlich* verstärkt würde. Damit erübrigt sich eine Prüfung, ob durch den neuen Anbau auch wesentliche öffentliche Interessen im Sinne von Art. 94 Abs. 2 lit. c BauG verletzt würden

c) Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass der geplante Wintergartenanbau nicht alle Voraussetzungen von Art. 94 Abs. 2 BauG erfüllt und somit nicht im Rahmen der Bestandesgarantie bewilligt werden kann.

Entscheid der Baudirektion vom 22.04.2005

1424

Baubewilligungsverfahren. Art. 118 BauG. Ausnahmbewilligung. Voraussetzungen unter denen eine vom Baugesetz, der Baureglements oder den Nutzungsplänen abweichende Baubewilligung erteilt werden kann. Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt.

5. a) Da der Wintergartenanbau nicht unter die Bestandesgarantie fällt, gilt es zu prüfen, ob für ihn allenfalls eine Ausnahmbewilligung erteilt werden kann. Dabei ist voranzustellen, dass eine Ausnahmbewilligung grundsätzlich der Vermeidung von Härten dient und es den Baubehörden ermöglichen soll, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen (*BGE 107a 216*). Ihr Zweck besteht darin, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich wegen der Besonderheit des Sachverhalts aus der strikten Anwendung der Bauordnung ergeben würden. Es muss sich dabei um einen Einzelfall handeln, bei welchem die Allgemeinordnung den besonderen Verhältnissen nicht gerecht wird. Allein subjektive, in der Person des Baugesuchstellers liegende Gründe genügen jedoch nicht (*vgl. Balthasar Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, S. 212 f.*).

b) Für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung müsste eine der Voraussetzungen von Art. 118 Abs. 1 lit. a-c BauG erfüllt sein. Dabei ist hervorzuheben, dass die Bedingungen von Art. 118 BauG wesentlich härter als jene von Art. 94 BauG sind. Da Art. 118 Abs. 1 lit. a und c BauG von vorneherein ausgeschlossen werden können, käme eine Ausnahmbewilligung höchstens gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. b

BauG in Frage. Gemäss dieser Bestimmung können Ausnahmegewilligungen erteilt werden, wenn unter den gegebenen Verhältnissen die Einhaltung der bestehenden Vorschriften die Bauherrschaft in unzumutbarer Weise benachteiligen würde und der Ausnahmegewilligung öffentliche Interessen nicht entgegenstehen.

c) Der Baugesuchsteller plant die Erstellung eines geschlossenen Wintergartenanbaus. Es ist naheliegend, dass der Wintergarten vor allem dazu dient, dass der Sitzplatz von den Spaziergängern nicht mehr eingesehen werden kann, womit die Privatatmosphäre der Familie des Baugesuchstellers besser geschützt wäre. Obwohl der Wintergarten nicht geheizt würde, liegt die Vermutung nahe, dass durch diesen auch eine Verbesserung der Wohnqualität angestrebt wird. Diese Gründe erscheinen nicht als unzumutbare Nachteile, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden, zumal sie vor allem subjektiver Natur sein dürften. Durch die Verletzung mehrerer Abstandsvorschriften und die Beeinträchtigung der Grünzone wären zudem öffentliche Interessen verletzt. Somit kann der geplante Wintergartenanbau auch nicht gestützt auf eine Ausnahmegewilligung bewilligt werden. Damit kann offengelassen werden, ob aufgrund der zusätzlichen Unterschreitung der Abstandsvorschriften zudem die Rekurrentenschaft in ihrer sich aus der Bauordnung ergebenden Stellung wesentlich beeinträchtigt würde (Art. 118 Abs. 2 BauG).

Entscheid der Baudirektion vom 22.04.2005

1425

Baubewilligungsverfahren. Baueinstellung/Baustopp. Auf den Erlass eines Baustopps ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit zu verzichten, wenn die Abweichung von den massgeblichen Vorschriften so geringfügig ist, dass der Befehl, den Mangel nach der Bauvollendung zu beheben, den Bauherrn weniger treffen würde als der Baustopp.

4. a) Bei einem Baustopp handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme. Mit diesem soll der Grundsatz durchgesetzt werden, dass die Errichtung von Bauten und Anlagen einer vorgängigen

(rechtskräftigen) Bewilligung bedürfen. Die vorgängige Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen liegt zweifellos im öffentlichen Interesse. Ein generelles Interesse an einem Baustopp besteht darin, dass die verschiedenen Bauherrn Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung haben. So soll ein Bauherr, der ein Vorhaben ohne rechtskräftige Bewilligung an die Hand nimmt, nicht besser gestellt werden, als derjenige, der den korrekten Weg des Baubewilligungsverfahrens bzw. eines darauffolgenden Rekursverfahrens einhält. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass jede Massnahme, welche auf eine Unterbindung einer nicht bewilligten Baute gerichtet ist, ohne nähere Betrachtung der Umstände dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügt (vgl. dazu BGE 1A.46 /2003 E. 3; Magdalena Ruoss Fierz, *Massnahmen gegen illegales Bauen*, Zürich 1999, S. 98 ff.). Wenn die Abweichung von den massgeblichen Vorschriften (bzw. einer Bewilligung) so geringfügig ist, dass der Befehl, den Mangel nach der Bauvollendung zu beheben, den Bauherrn weniger treffen würde als der Baustopp, ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu verzichten (Ruoss Fierz, S. 102).

b) Im vorliegenden Fall gilt es zunächst zu klären, ob eine rechtskräftige Bewilligung für den Neubau vorliegt. Das Planungsamt hat im Bauentscheid vom 2. November 2004 als Auflage verfügt, dass im 1. OG Südfassade analog den benachbarten Stockwerken ein quadratisches Fenster einzubauen sei. Durch den Rekursentscheid des Departements Bau und Umwelt vom 29. März 2005 wurde diese Auflage aufgehoben. Da jedoch der Gemeinderat H. gegen diesen Entscheid des Departements Bau und Umwelt Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben hat und der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt, wurde die Baubewilligung des Planungsamts vom 2. November 2004 bis zum heutigen Zeitpunkt nicht rechtskräftig. Dabei spielt es keine Rolle, dass lediglich eine Auflage umstritten ist, handelt es sich doch bei einer solchen um einen festen Bestandteil einer Baubewilligung.

c) Wie bereits angetönt, liegt keine rechtskräftige Baubewilligung für den Neubau vor, weil die Anordnung eines quadratischen Fensters mit dem Ausmass von 65 cm im 1. Obergeschoss der Südfassade umstritten ist. Die übrigen Teile der Südfassade stehen jedoch im Beschwerdeverfahren nicht zur Diskussion. Aus Sicht der Rekurrentin ist der Baustopp mit grossen finanziellen Nachteilen verbunden, da der Neubau des Mehrfamilienhauses „E.“ dadurch nicht termingerech-

beendet werden kann. Zudem gilt es hervorzuheben, dass es mit geringem technischen Aufwand möglich wäre, nach Vollendung des Neubaus „E.“ ein zusätzliches Fenster in der Südfassade zu erstellen. Sollte das Verwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass die Anordnung eines zusätzlichen Fensters zum Schutz des Ortsbildes notwendig sei, wäre eine Behebung dieses Mangels ohne grossen Aufwand durchführbar. Insofern würde der Einbau eines zusätzlichen Fensters nach der Bauvollendung die Rekurrentin weit weniger treffen, als wenn der Baustopp für die ganze Südfassade aufrechterhalten würde. In diesem Sinne erscheint die Aufrechterhaltung des Baustopps nicht als sachgerecht und als unverhältnismässig.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 06.09.2005

1426

Bauen ausserhalb der Bauzone. Fuss- und Wanderweg. Auf einer Flurstrasse, auf der sich ein Fuss- und Wanderweg befindet, kann in der Regel kein vollflächiger Belag bewilligt werden.

4. a) Ein Eingriff in das Wanderwegnetz bedarf einer umfassenden Interessenabwägung, wobei nebst den genannten Interessen der Wanderweggesetzgebung auch die Interessen von Natur, Landschaft, Land- und Forstwirtschaft zu berücksichtigen sind (Art. 9 des Bundesgesetzes über Fuss- und Wanderwege, FWG, SR 704; Art. 17 Abs. 3 VO FWG). Dabei ist zu beachten, dass nicht leichthin von der Zielsetzung von Verfassung und Gesetz, die weitere Asphaltierung/Betonierung zu verhindern sowie die Wanderwege zu erhalten, abgewichen werden darf. Dabei darf auch die Gefahr der präjudizierenden Wirkung einer Bewilligung zum Belagseinbau auf einer gewissen Strecke nicht unbeachtet bleiben. Daher ist es zum vornherein nur in Einzelfällen zulässig, aus wichtigen Gründen vom Grundsatz der uneingeschränkten Erhaltung des Wanderwegnetzes abzuweichen (*BVR 1992, S. 332*). Der Länge des betroffenen Strassenstücks soll in diesem Zusammenhang keine allein entscheidende Bedeutung beigemessen werden, da sich die zunehmende Asphaltierung gerade infolge mehrerer kürzerer mit Vollbelag versehener Teilstücke ergibt (*vgl.*

AR GVP 1991 Nr. 1213, S. 21; *Entscheid der Baudirektion vom 6. Dezember 2004 i.S. K. u. H. F., Erw. 8*). Diese Grundsätze müssen somit im Rahmen des Bewilligungsverfahrens gemäss Art. 18 VO FWG in die Beurteilung einbezogen werden.

b) Dass die „B.strasse“ für die Erschliessung der beanspruchten Grundstücke oder die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung nicht genügen würde, wird von der Rekurrentschaft zu Recht nicht vorgebracht. Die Rekurrentschaft begründet die Notwendigkeit ihres Vorhabens jedoch und einzig damit, dass die Strasse bei heftigen Niederschlägen immer wieder ausgeschwemmt werde, was zu unzumutbaren Unterhaltskosten geführt habe und auch zukünftig führen werde. Im Gegensatz zur Lösung mit zwei Fahrspuren, bei dem der Mittelstreifen bei einem gleichen Unwetter wie im Sommer 2004 unweigerlich wieder aus- und unterspült würde, sei das geplante Bauvorhaben über Jahre unterhaltsfrei. Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als Strassen mit einem Naturbelag gegenüber vollständig asphaltierten oder betonierten Strassen erfahrungsgemäss einen erhöhten Unterhalt erfordern. Dieser ist arbeits- und personalintensiv und muss laufend erfolgen. Vor allem bei grösseren Niederschlägen können Naturstrassen ausgeschwemmt werden, was bis zur Reparatur dieser Schäden zu einer Benutzungsbeeinträchtigung führen kann; zudem ist die Behebung solcher Schäden mit teils erheblichen Kosten verbunden. Solche Nachteile genügen jedoch grundsätzlich nicht, um die vom Fuss- und Wanderweggesetz und den Ausführungserlassen gesetzten Prioritäten umzustossen. Indem der Gesetzgeber der fortschreitenden Asphaltierung von Wanderwegen Einhalt gebieten wollte, nahm er bewusst auch in Kauf, dass sich der Unterhalt auf Strassen und Wegen mit Naturbelag aufwendiger gestaltet. Den Interessen der Allgemeinheit an der Erhaltung eines mit Naturbelag versehenen Wanderwegnetzes wurde gegenüber den Vorteilen eines vereinfachten Unterhalts auf asphaltierten Strassen somit von Gesetzes wegen ein Übergewicht eingeräumt. Dieser gesetzlichen Lösung des Interessenskonflikts kann daher im Einzelfall mit der Begründung des erhöhten Unterhaltsbedarfes auf Naturstrassen vom Grundsatz her nicht begegnet werden (*vgl. AR GVP 1991 Nr. 1213, S. 22*).

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 15.08.2005

1427

Gewässerschutz. Häusliches Abwasser in der Landwirtschaftszone. Kanalisationsanschlusspflicht. Voraussetzungen, unter denen das häusliche Abwasser landwirtschaftlich verwertet werden darf. Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt.

6. c) Am 24. Januar 1991 trat das neue Gewässerschutzgesetz in Kraft, welches vom Grundsatz der generellen Anschlusspflicht ausgeht. Mit dieser Gesetzesrevision wurde die Zulässigkeit der landwirtschaftlichen Verwertung von häuslichem Abwasser stark eingeschränkt. Eine Befreiung von der Anschlusspflicht wird seither lediglich bei den klar umschriebenen Sonderfällen von Art. 12 GSchG zugelassen. Anders ausgedrückt, ist davon auszugehen, dass die innerhalb des öffentlichen Kanalisationsbereichs gelegenen Gebäude vorbehaltlos angeschlossen werden müssen, wenn sie sich nicht auf einen Sonderfall im Sinne von Art. 12 GSchG berufen können (*BRV 1996, S. 20*).

d) Gemäss Art. 12 Abs. 4 GSchG darf das häusliche Abwasser in einem Landwirtschaftsbetrieb mit erheblichem Rindvieh- und Schweinebestand zusammen mit der Gülle landwirtschaftlich verwertet werden. Voraussetzungen dafür sind u.a., dass die Wohn- und Betriebsgebäude mit Umschwung in der Landwirtschaftszone liegen (lit. a) und die Lagerkapazität auch für das häusliche Abwasser ausreicht und die Verwertung auf der eigenen oder verpachteten Nutzfläche sichergestellt ist (lit. b). Als erheblicher Rindvieh- und Schweinebestand gilt gemäss Art. 12 Abs. 3 GSchV ein Tierbestand von mindestens acht Düngegrossvieheinheiten (DGVE).

e) Die Liegenschaft des Rekurrenten besteht aus einem Ökonomieteil und einem Wohnteil. Der Ökonomieteil wird ganzjährig für die Schweinehaltung und im Winter auch für die Rindviehhaltung genutzt. Im Wohnhaus lebt der Rekurrent und Eigentümer der Liegenschaft, der sein Land sowie den dazugehörigen Ökonomieteil verpachtet hat. Mit der Lage in der Landwirtschaftszone erfüllt die Liegenschaft zwar eine der genannten Voraussetzungen für die landwirtschaftliche Verwertung des Abwassers. Vorliegend kann aber offen gelassen werden, ob genügend Düngevieheinheiten, eine ausreichende Verwertungsfläche und ein hinreichendes Stapelvolumen vorhanden sind, da für das Wohnhaus keine eindeutige landwirtschaftliche Zweckbindung

besteht. Der Betrieb ist als ganzes verpachtet, somit dient das Haus nicht dem landwirtschaftlichen Wohnbedarf des Betriebes und auch nicht als Stöckli für die abtretende Generation.

f) Gemäss *Wegleitung für den Gewässerschutz* in der Landwirtschaft (Bereich Hofdünger) des *Bundesamts für Landwirtschaft (BLW)* und des Bundesamts für Umwelt, Wald und Landschaft (*BUWAL*) vom Juli 1994, S. 53, ist eine Befreiung von der Anschlusspflicht nur bei Gebäuden mit eindeutig landwirtschaftlicher Zweckbindung und Nutztierhaltung möglich. Demgemäss müssen häusliche Abwässer aus Nebenbauten von Landwirtschaftsbetrieben, die nicht dem landwirtschaftlichen Wohnbedarf dienen, in die Kanalisation eingeleitet werden. Diese Praxis wird auch vom kantonalen Amt für Umweltschutz ausgeübt. Das Departement Bau und Umwelt erachtet es nicht als sachgemäss, von dieser kantonalen Praxis abzuweichen, erscheint doch eine Beschränkung der Befreiung von der Anschlusspflicht auf Gebäude mit eindeutig landwirtschaftlicher Zweckbindung angesichts des Grundsatzes der generellen Anschlusspflicht als zielgerecht. In diesem Sinne ist der Entscheid der Gemeinde R., dass die Liegenschaft des Rekurrenten generell an das Kanalisationsnetz anzuschliessen sei, nicht zu beanstanden. Der Rekurs wird in diesem Punkt abgewiesen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 01.09.2005

1428

Gewässerschutz. Art. 38 Abs. 2 GSchG. Ausnahme vom Eindolungsverbot. Der Ersatz einer bestehenden Eindolung ist erlaubt, wenn eine offene Wasserführung für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt. Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt.

5. Art. 38 Abs. 1 GSchG erklärt das Überdecken und Eindolen von Fliessgewässern für generell unzulässig (Eindolungsverbot). Dieses Verbot gilt nicht nur für neue Eindolungen, sondern auch für den Ersatz bestehender Eindolungen; diese können daher grundsätzlich nur noch unterhalten, aber nicht mehr erneuert werden (Offenlegungsge-

bot). Vom Verbot des Überdeckens und Eindolens kann jedoch in Ausnahmefällen abgewichen werden (vgl. Art. 38 Abs. 2 GSchG). Es stellt sich somit vorliegend die Frage, ob das eingedolte Gewässer im Bereich der geplanten Aufschüttung nach Gewässerschutzgesetz - und wie vom Tiefbauamt verlangt - offengelegt werden muss oder ob allenfalls eine Ausnahmegewilligung nach Art. 38 Abs. 2 GSchG erteilt werden kann.

a) Nach Art. 38 Abs. 2 lit. e GSchG ist der Ersatz bestehender Eindolungen oder Überdeckungen zulässig, sofern eine offene Führung für die Landwirtschaft erhebliche Nachteile bringt. Dies bedeutet, dass aus Gründen der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung mit Ausnahme der Übergänge land- und forstwirtschaftlicher Güterwege (lit. c) grundsätzlich keine Neueindolungen oder -eindeckungen bewilligt werden dürfen. Zulässig ist lediglich der Ersatz bestehender Eindolungen oder Überdeckungen, sofern eine offene Wasserführung für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt. Daraus folgt, dass eine offene Wasserführung in der Regel hingenommen werden muss. Nur ausnahmsweise, wenn eben erhebliche Nachteile auf dem Spiel stehen, darf eine bestehende Eindolung oder Eindeckung ersetzt werden. Dabei darf eine Ausnahmegewilligung nur erteilt werden, wenn sich im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung die für eine offene Wasserführung sprechenden Gründe als weniger gewichtig erweisen als die Gründe für eine *Eindolung* (vgl. *Bundesgerichtsentscheid 1A.140/1995 in ZBl 7/1997, Ziff. 4 b; AR GVP 1332, Ziff. 5 c*).

b) Eine offene Wasserführung liegt allgemein im öffentlichen Interesse, da so die Fliessgewässer als Lebensraum, Landschaftselement und Bestandteil des natürlichen Wasserkreislaufs erhalten bleiben. Eindolungen sind auch daher unerwünscht, weil sie einen Gewässerlauf zerschneiden und damit bspw. die tierische Wanderung vom Unter- zum Oberlauf unterbinden. Auch die erhöhte Selbstreinigungskraft, den erhöhten Sauerstoffeintrag und die direkte Aufnahme des Oberflächenwassers offener Wasserläufe sind zu erwähnen. Nicht zu letzt bietet ein offener Bach auch Vorteile in Bezug auf den Hochwasserabfluss (Abflussvermögen), besteht doch bei jeder Eindolung die Gefahr der Verstopfung des Durchlasses, was zu Überschwemmungen mit teils ausserordentlich hohen Folgekosten führen kann (vgl. *Botschaft zur Volksinitiative „zur Rettung unserer Gewässer“ und Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 29.*

April 1987, S. 83 f.; AR GVP 1331, Ziff. 2 und 5 c). Durch die Offenlegung eines Gewässers entstehen im vorliegenden Fall jedoch auch Beschränkungen: Zu nennen sind dabei allfällige Ertragseinbussen (Kulturlandverlust im Bereich der Bachsohle und dem Ufer) oder der allfällige Schattenwurf einer späteren Uferbestockung, wobei diese Nachteile jedoch nicht als besonders erheblich zu beurteilen sind. Um einiges problematischer erscheint vorliegend indes die Tatsache, dass eine Offenlegung die Parz. Nr. A, welche aufgrund der Hanglage, der relativen Kleinheit und Unförmigkeit des Grundstücks sowie der erwähnten Mulde bereits nicht optimal bewirtschaftet werden kann, in der Mitte zerschneiden würde, womit die Bewirtschaftung dieses Grundstückes noch zusätzlich und damit insgesamt im Sinne von Art. 38 Abs. 2 lit. e GSchG erheblich erschwert würde. Das hier umstrittene Gewässer ist zudem von der Grösse und vom Einzugsgebiet her als eher klein zu betrachten, so dass die Interessen am naturnahen Wasserbau und somit die öffentlichen Interessen an der Offenlegung des vorliegenden Baches gesamthaft betrachtet die landwirtschaftlichen Interessen des Rekurrenten im konkreten Fall nicht zu übertreffen vermögen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 07.06.2005

1429

Wasserrecht. Begriff des öffentlichen Gewässers.

3. a) Ob ein Wasserlauf als öffentliches Gewässer zu betrachten ist, ergibt sich aus der in die Kompetenz der Kantone fallende Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (*Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 664 ZGB*). Für den Kanton Appenzell A.Rh. bestimmt Art. 199 Abs. 1 EG zum ZGB (Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, bGS 211.1), dass Flüsse und Bäche (oberirdische) öffentliche Gewässer sind. Dabei gilt als Bach jedes fließende Gewässer von solcher Mächtigkeit, dass es ein natürliches Bett gebildet hat oder bilden würde, wenn sein Lauf nicht künstlich ausgebaut wäre (Art. 199 Abs. 2 EG zum ZGB).

Bereits aus dem Wortlaut „Bäche und Flüsse“ ist ersichtlich, dass nicht bereits jedes kleine Rinnsaal als öffentliches Gewässer gelten kann. Vorausgesetzt ist nämlich eine bestimmte Mächtigkeit und Stetigkeit des Baches, so dass ein natürliches Bett, eine Gerinnebildung vorhanden ist oder vorhanden sein würde, wenn der Lauf des Baches nicht künstlich ausgebaut oder in ein Rohr gefasst worden wäre. Natürliche oder künstliche Veränderungen, namentlich Eindolungen, haben somit keinen Einfluss auf die Rechtsnatur eines öffentlichen Gewässers. Damit steht fest, dass auch eingedolte Gewässer als öffentliche Gewässer zu betrachten sind, wenn diese in offener Wasserführung ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermöchten bzw. vor der Eindolung ein natürliches Bett gebildet haben. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die bloße Bezeichnung eines Gewässers entscheidet, ob es sich um ein öffentliches Gewässer handelt oder nicht. Massgebend ist vielmehr, ob die charakteristischen Eigenschaften eines Baches zu finden sind.

b) ...

c) Diese im Rahmen der Überbauung des Gebietes S. in zeitlicher Hinsicht etappenweise entstandenen Eindolungen, der Verlauf der offen geführten sowie der eingedolten Teilstücke gesamthaft betrachtet, das in den offenen Bereichen erkennbare natürliche Bachbett, die auf Plänen und alten Fotografien wie auch heute teilweise noch erkennbare Muldenform sowie die anlässlich des Augenscheins festgestellte stetige Wasserführung weisen demnach das vorliegende Gewässer als Bach bzw. als Bächlein aus, in welchem sich das Niederschlagswasser sammelt und abfließt. Entgegen der Meinung der Rekurrentin dient dieser Bach denn auch nicht alleine der Ableitung von Meteorwasser von befestigten Flächen aus dem Überbauungsgebiet S., sondern hat primär den Zweck, das Niederschlagswasser im ganzen Einzugsgebiet S. (das Einzugsgebiet hat eine Fläche von ca. 3.7 ha) zu sammeln und als Bachwasser abzuleiten. Es liegt somit ein öffentliches Gewässer vor. Keinen Einfluss darauf hat die hier unbestrittene Tatsache, dass auch Meteorwasser, das vorab aus dem Gebiet westlich des Bachlaufs stammt und hauptsächlich der Entwässerung der S.strasse dient, in den Bach eingeleitet wird (*vgl. hierzu AR GVP Nr. 1089, wonach es für die Öffentlichkeit eines Gewässers unerheblich ist, wenn dieses lediglich von Drainage-, Quell- und Meteorwasser gespeist wird*).

d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das hier umstrittene Gewässer am S.hang als öffentliches Gewässer nach Art.199 EG zum ZGB zu betrachten ist und damit nach Art. 664 ZGB unter der Hoheit des Kantons Appenzell A.Rh. steht.

Entscheid der Baudirektion vom 29.04.2005

1430

Strassenwesen. Flurgenossenschaftsstrasse. Begriff der Öffentlichkeit der Strasse.

3. a) Die öffentlichen Strassen und Wege in der Gemeinde W. werden in Art. 3 Abs. 1 lit. a und b StrR geregelt. Dazu zählen die „Gemeindestrassen“ (lit. a) - die vorliegend nicht weiter interessieren - sowie die „anderen“ Strassen und Wege, welche (wie die Gemeindestrassen) dem Gemeingebrauch gewidmet sind (lit. b), somit dem allgemeinen Verkehr offen stehen. Lit. b wiederum unterscheidet zwei Kategorien von öffentlichen Strassen und Wegen: Dies sind einerseits solche, die im Privateigentum stehen und aufgrund einer Gemeindedienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB für den Gemeindegebrauch bestimmt sind („Strassen und Wege mit öffentlichen Weg- und Fahrrechten“) und andererseits solche von Genossenschaften, welche durch die Genehmigung der zuständigen Behörden die juristische Persönlichkeit erhalten haben und dem allgemeinen Verkehr dienen („Flurgenossenschafts- und Korporationsstrassen“). Diese Definition von Art. 3 Abs. 1 b StrR lehnt sich dabei an die übergeordnete kantonale Regelung von Art. 156 Abs. 3 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB, bGS 211.1) an und stimmt mit dieser weitgehend überein (*vgl. hierzu den Entscheid des Regierungsrats vom 23. Oktober 2001 in: AR GVP 2001/1377*).

b) Mangels öffentlichem Fahrrecht i.S.v. Art. 781 ZGB stellt sich vorliegend somit einzig die Frage, ob die „H.strasse“ als eine dem allgemeinen Verkehr dienende Strasse einer öffentlich-rechtlichen Flurgenossenschaft gilt. Wie sich aus der oben ausgeführten Definition ergibt, genügt es für die Öffentlichkeit einer „flurgenossenschaftlichen“ Strasse entgegen der Ansicht der Rekurrentin nicht, dass sie

von einer Körperschaft erstellt worden ist oder unterhalten wird, welche den öffentlich-rechtlichen Status genießt oder öffentliche Aufgaben erfüllt. Vielmehr ist dafür zusätzlich erforderlich, dass die genossenschaftliche Strasse der Öffentlichkeit bzw. dem Gemeingebrauch gewidmet, mit anderen Worten für den allgemeinen Verkehr bestimmt ist, was nur durch Öffentlicherklärung der Strasse (sog. Widmung) durch die zuständige Behörde - des Gemeinderats W. - geschehen kann (vgl. *M. Imboden/R. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Band II, Basel 1976, Nr. 116 B I, III; U. Häfelin/G. Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 2002, N 2349 ff.*). Diese Voraussetzung ist vorliegend jedoch nicht erfüllt: Nach durchgeführtem Einspracheverfahren nach Art. 160 EG zum ZGB wurde der Gemeingebrauch an der Strasse im Jahre 1979 aufgehoben (Rechtsprovokation), indem die Anmerkung „öffentliche Fahrstrasse“ im Grundbuch der betroffenen Liegenschaftseigentümer gelöscht wurde. Einhergehend mit diesem Akt der „Entwidmung“ wurde die Strasse durch den Gemeinderat W. antragsgemäss neu als Privatstrasse nach Art. 3 Abs. 1 it. c StrR eingeteilt. Gleichzeitig wurde der massgebliche Artikel 18 der Statuten der Flurgenossenschaft vom 12. Juli 1974, welcher die genossenschaftliche Strasse explizit als „öffentliche Fahrstrasse“ erklärt hat, aufgehoben bzw. dahingehend geändert, dass die Flurgenossenschaftsstrasse neu im Grundbuch zu Lasten und zu Gunsten der Genossenschaftsmitglieder als Privatstrasse eingetragen wurde.

Bis heute hat sich an diesem Zustand nichts geändert, ist doch in der Zwischenzeit weder ein Fahr- oder Wegrecht zu Gunsten der Öffentlichkeit errichtet, noch die Strasse auf andere Weise dem allgemeinen Verkehr gewidmet worden. Die „H.strasse“ gilt daher mangels Widmung zum Gemeingebrauch als nicht-öffentliche, reine Privatstrasse, die nicht von jedermann, sondern grundsätzlich nur von den Flurgenossenschaftsmitgliedern benutzt werden darf.

Entscheid des Regierungsrats vom 22.11.2005

1431

Verfahren. Art. 14 und Art. 33 VRPG. Im Gegensatz zum Rekursverfahren können im Einspracheverfahren neue Rechtsbegehren bis zum Entscheid der Behörde gestellt werden.

3. a) Gemäss Art. 33 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) können mit dem Rekurs alle Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und der Verfügung gerügt werden. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung sind neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel zulässig, nicht aber die Änderung des Rechtsbegehrens. Als Änderung des Rechtsbegehrens gilt auch ein neues Begehren (vgl. *Hans-Jürg Schär, Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N 14 zu Art. 20*). Ein solches ist nicht zulässig, weil damit die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlichen verfügenden Behörde verletzt würde (vgl. *Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 219*).

b) Der Gemeinderat H. bestreitet, dass die Rekurrenzschaft die Legitimationsvoraussetzungen zum Rekurs erfüllt. In seiner Stellungnahme vom 10. November 2004 führt er aus, dass der Aspekt der örtlichen Nähe zum streitigen Objekt allein nicht genüge. Zudem habe die Rekurrenzschaft im Rekursverfahren ein neues Rechtsbegehren gestellt, was gemäss Art. 33. Abs. 2 VRPG nicht zulässig sei. Dies sei zudem bereits nach Ablauf der Einsprachefrist unzulässig.

c) Der Gemeinderat H. macht in der genannten Stellungnahme geltend, dass der Rekurrent mit dem Antrag, mit einer genügend grossen Sickerwasserleitung sei sein Grundstück vor weiteren Überschwemmungen zu schützen, in der Rekurseingabe ein neues Rechtsbegehren gestellt habe. Er beruft sich dabei auf einen Entscheid der Baudirektion vom 12. November 2002 (*publiziert in AR GVP 2002/1382*). Der Gemeinderat verkennt allerdings, dass sich dieser Entscheid noch auf Art. 9 des alten Gesetzes über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh. von 1985 (altVwVG) stützt. Nach dieser Bestimmung konnten neue Begehren im Einspracheverfahren nach Ablauf der Einsprachefrist nicht mehr gestellt werden. Das Gesetz über das Verwaltungsverfahren wurde jedoch am 1. Januar 2003 mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege aufgehoben, wobei Art. 9 altVwVG durch Art. 14

Abs. 1 VRPG ersetzt wurde. Gemäss dieser Norm sind die Parteien berechtigt, *bis zum Entscheid* der erstinstanzlichen Behörde neue Begehren zu stellen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel zu berufen.

d) Es ist mit der Vorinstanz zwar darin übereinzugehen, dass in der Einsprache vom 8. Juli 2004 noch nicht von Überschwemmungen die Rede war, welche mit einer grösseren Sickerwasserleitung besser eingedämmt werden könnten als mit einer Meteorwasserleitung. Dieses Argument wurde jedoch nicht erst im Rekurs vom 24. September 2004, sondern bereits in der Stellungnahme vom 29. Juli 2004 zum Augenscheinprotokoll vom 19. Juli 2004 vorgebracht, womit dieses Begehren *innerhalb des Einspracheverfahrens* gestellt wurde. Wie oben erwähnt ist dies gemäss Art. 14 VRPG ohne Weiteres zulässig. Da die Rekursvoraussetzungen damit sowohl hinsichtlich der Legitimation als auch in Bezug auf die sonstigen Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

Entscheid des Regierungsrats vom 15.03.2005

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ist vom Verwaltungsgericht am 30. November 2005 abgewiesen worden.

1432

Verfahren. Parteientschädigung. Ein weder freiberuflich noch unabhängig tätiger Anwalt hat in der Regel keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

5. Zum Antrag auf eine Parteientschädigung ist folgendes anzumerken: Rechtsanwalt A. B. übernimmt im vorliegenden Fall nicht primär die Rolle eines freiberuflichen Rechtsvertreters. Er handelt viel mehr als Organ der Z. GmbH und nimmt dabei vorab seine eigenen Interessen wahr. In diesem Sinne ist auf den Entscheid des Verwaltungsgerichtes von Appenzell A.Rh. vom 25. August 2004 hinzuweisen. Darin wurde die Beschwerdegegnerin zwar ebenfalls durch einen Rechtsanwalt vertreten. Dieser wurde indessen nicht freiberuflich und unabhängig tätig, sondern als Angestellter der Beschwerdegegnerin.

Diese hatte somit nicht für ein externes Anwaltshonorar aufzukommen. Weiter ist auf den Entscheid des Obwaldner Verwaltungsgerichtes (*OWVVG III N. 62*) zu verweisen, in dem entschieden wurde, dass eine Gesellschaft keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, wenn sie durch eines ihrer Organe vertreten wird, auch wenn das Organ selber Anwalt ist. Es liegt im Ermessen der Baudirektion, ob eine Parteientschädigung zugesprochen wird und wenn ja, in welcher Höhe (Art. 24 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG). Die Z. GmbH wird vorliegend durch eines ihrer Organe vertreten. Sinngemäss verzichtet die Baudirektion auf die Zusprechung einer Parteientschädigung.

Entscheid der Baudirektion vom 30.03.2005

Dieser Entscheid wurde mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Januar 2006 mit Hinweis auf BGE 110 V 135 und BGE 129 II 295 dahingehend bestätigt, als dass der in eigener Sache prozessierende Anwalt grundsätzlich keine Parteientschädigung beanspruchen kann, ausser es läge eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert vor.

B.

Gerichtsentscheide

1. Verwaltungsgericht

2248

Verfahren. Die Parteien sind nach neuem Recht im Einspracheverfahren berechtigt, bis zum Entscheid der Behörde neue Begehren zu stellen und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel zu berufen (Art. 14 Abs. 1 VRPG).

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Regierungsrates als verwaltungsintern letzte Instanz zuständig ist. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des Rekursentscheides mit seinen Sachbegehren nicht durchgedrungen; als Anstösser an die zu sanierendestrasse ist er vom Bauvorhaben und namentlich von der Strassenentwässerung stärker in eigenen Interessen betroffen als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit. Der Beschwerdeführer ist somit formell und materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Da auch die Form- und Fristfordernisse erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.1 Daran vermögen die seitens der Gemeinde H. erhobenen Einwände nichts zu ändern. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat davon ausging, nach dem per 1. Januar 2003 in Kraft getretenen VRPG bzw. dessen Art. 14 Abs. 1 sei der Beschwerdeführer auch im erstinstanzlichen Einspracheverfahren berechtigt gewesen, bis zum Entscheid der Gemeindebehörde neue Begehren zu stellen und sich dafür auf neue Tatsachen und Beweismittel zu berufen. Daran hat der per 1. Januar 2004 in Kraft getretene Art. 103 Abs. 2 des neuen Baugesetzes (BauG, bGS 721.1) nichts geändert. Der Gemeinderat übersieht, dass die in Art. 9 Abs. 2 des

aufgehobenen Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (vom 28.4.1985, VwVG) noch enthaltene Beschränkung ("im Einspracheverfahren dürfen neue Begehren nach Ablauf der Einsprachefrist nicht mehr gestellt werden") zwar zunächst noch als Art. 14 Abs. 2 in den Regierungsrätlichen Entwurf des VRPG übernommen wurde; im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Einschränkung jedoch ersatzlos fallen gelassen. Der von der Baudirektion in AR GVP 14/2002, Nr. 1382 publizierte Entscheid war somit schon im Zeitpunkt seiner Publikation überholt. Dazu kommt, dass in jenem Entscheid nicht klar genug zwischen den Begehren - z.B. die Baubewilligung sei zu verweigern - und den dieses Begehren stützenden neuen Tatsachen oder neuen rechtlichen Vorbringen unterschieden wurde. Dass der kantonale Gesetzgeber nach nur einem Jahr die frühere Einschränkung mit Art. 103 Abs. 2 BauG wieder eingeführt haben soll, lässt sich weder dem Wortlaut noch den Gesetzesmaterialien oder dem Sinn und Zweck dieser Norm entnehmen. Mit dem Departement Bau und Umwelt (in seiner für die Vorinstanz eingereichten Duplik) ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Norm lediglich präzisiert, dass Einsprachen schriftlich und begründet während der Einsprachefrist einzureichen sind, aber nichts dazu aussagt, inwiefern eine fristgerecht erhobene Einsprache noch ergänzt werden darf. Aus Art. 103 Abs. 2 BauG kann deshalb nicht abgeleitet werden, dass neue Rechtsbegehren nach Ablauf der Einsprachefrist (wieder) unzulässig sein sollen. Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so hätte er dies wie zuvor im aufgehobenen Art. 9 Abs. 2 VwVG ausdrücklich so formuliert. Weil das ebenfalls aufgehobene EG zum RPG (vom 28.4.1985) in Art. 48 Abs. 2 und Art. 84 Abs. 4 bereits mit Art. 46 Abs. 2 und Art. 103 Abs. 2 BauG identische Formvorschriften enthielt (schriftlich, mit bestimmten Begehren) lässt sich auch nicht sagen, mit diesen Bestimmungen im BauG sei jüngerer Recht geschaffen worden, das Art. 14 Abs. 1 VRPG derogiere. (...). Sodann gilt es zu beachten, dass in Verfahren, welche mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden können, die Kantone durch Art. 98a OG (SR 173.110) verpflichtet sind, die Beschwerdelegitimation und die Beschwerdegründe in mindestens gleichem Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zu gewährleisten. Beschwerdeführer können deshalb in Verfahren, in denen nebst kantonalem auch Bundesverwaltungs- und insbesondere Bundesumweltrecht zur Anwendung gelangt, vor der kantonalen Ge-

richtsinstanz die Verletzung des Bundesrechts in gleichem Umfang geltend machen wie vor Bundesgericht. Sind neue rechtliche Vorbringen vor Bundesgericht zulässig, so müssen sie auch von den kantonalen Instanzen zugelassen werden (vgl. BGE 126 II 26 E.2.b und BVR 2004, 214, E.1.2). Soweit der Beschwerdeführer nach Ablauf der Einsprachefrist, aber noch vor dem Entscheid der Gemeindebehörde anstelle der Meteorwasserleitung eine grössere Sickerleitung als Hochwasserschutz beantragt hat, impliziert dieses Begehren die Anwendung auch des Bundesgesetzes über den Gewässerschutz (GSchG, SR 814.20). Daher steht vorliegend dem Ausschluss von Noven auch Bundesrecht entgegen. Aus diesen Gründen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Nichteintretensentscheid des Gemeinderates aufhob und auf die Begehren des damaligen Einsprechers und jetzigen Beschwerdeführers durchwegs eingetreten ist. Entsprechend ist auf die mit der Beschwerde aufrechterhaltenen Begehren betreffend der Meteorwasser- und der Sickerleitung einzutreten.

VGer 30.11.2005

2249

Veranlagung der Staats- und Gemeindesteuern. Zu den Voraussetzungen einer gültigen Vertretung durch einen Treuhänder oder einen anderen nicht-anwaltlichen Vertreter; Abgrenzung zur blossen Verbeiständung. Setzt der Steuerpflichtige in der Steuererklärung unter "Rückfragen an" die Adresse seines Treuhänders ein, kann die Einsprachefrist durch die Eröffnung der Veranlagung ausschliesslich an den Steuerpflichtigen ausgelöst werden.

Der Steuerpflichtigen A. wurden für das aus einem Forderungsverzicht per 1999 erzielte ausserordentliche Jahreseinkommen je eine Veranlagungsverfügung vom 16. Oktober 2002 per 6. (direkte Bundessteuer) und per 11. November 2002 (Landes- und Gemeindesteuer) eröffnet. Dem Treuhänder R. der Pflichtigen wurden diese beiden Veranlagungen nicht zugestellt. Während der Treuhänder in der Steuererklärung 1999/2000 noch nicht erwähnt wurde, ist er in der Steuererklärung 2001a unter der Rubrik "Rückfragen an" verzeichnet. Mit

Schreiben vom 13. Februar 2003 teilte der Treuhänder der kantonalen Steuerverwaltung mit, dass er von der definitiven Veranlagung der separaten Jahressteuer erst jetzt erfahren habe. Der Steuerverwaltung sei bekannt gewesen, dass er Frau A in Steuersachen vertrete. Mangels Eröffnung an ihn, seien die beiden Jahressteueranlagungen noch nicht rechtsgültig eröffnet. Mit Einschreiben vom 17. Februar 2003 hielt die Steuerverwaltung fest, die Eröffnung direkt an die Pflichtige sei gestützt auf Art. 159 Abs. 2 des neuen StG trotz Vertretung gültig erfolgt. Einzig bei der direkten Bundessteuer gelte die Eröffnung an den Pflichtigen, statt an dessen Vertreter als mangelhaft. Diesbezüglich sei die Pflichtige jedoch gehalten gewesen, die Veranlagung innert der Einsprachefrist an den Vertreter weiterzuleiten. Da sie dies unterlassen habe, sei die Veranlagung auch bezüglich der direkten Bundessteuer in Rechtskraft erwachsen. R. hielt dem entgegen, Frau A. habe ihre Verfahrenspflichten schon in der Vergangenheit notorisch versäumt, weshalb die Steuerverwaltung mit der Eröffnung einzig an A. damit habe rechnen müssen, dass diese die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstreichen lasse. Weil A. ihrerseits darauf vertraut habe, die Veranlagungen seien auch ihrem Treuhänder R. als ihr Vertreter eröffnet worden, habe sie die Weiterleitung unterlassen. Unter diesen Umständen sei völlig unhaltbar, dass die Veranlagungen nicht auch an R. eröffnet worden seien. Auf Einsprache und Beschwerde hin hielt die Steuerverwaltung an ihrem Standpunkt fest.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 87 Abs. 1 des aufgehobenen Steuergesetzes vom 27. April 1958 (aStG) waren Veranlagungen zwingend dem Pflichtigen zu eröffnen; eine Eröffnung über den Vertreter war nicht ausdrücklich vorgesehen. Art. 159 des neuen, per 1.1.2001 in Kraft getretenen Steuergesetzes (StG, bGS 621.11) ermöglicht nun ausdrücklich die vertragliche Vertretung und gegebenenfalls auch die Eröffnung über den Vertreter. Nach der Rechtsprechung sind neue Verfahrensbestimmungen grundsätzlich sofort und uneingeschränkt anzuwenden, namentlich wenn das neue Recht für den Rechtsuchenden günstiger ist und die Übergangsbestimmungen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen (*Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 15 B.III/f*). Da die Art. 275 ff StG nichts anderes vorsehen und da erst das neue Verfahrensrecht die von der Beschwerdeführerin erwartete Eröffnung über den Vertreter ausdrücklich

vorsieht, ist für die im Jahre 2002 eröffnete Veranlagung betreffend der Jahressteuer 1999 auf das neue Verfahrensrecht abzustellen.

3. Nach Art. 159 Abs. 1 StG kann die steuerpflichtige Person sich vor den Steuerbehörden vertreten lassen, soweit ihre persönliche Mitwirkung nicht notwendig ist. Lässt die steuerpflichtige Person sich vertreten, sind Verfügungen und Entscheide in der Regel der Vertretung zuzustellen; doch ist auch die direkte Zustellung an die steuerpflichtige Person gültig (Art. 159 Abs. 2). Die Steuererklärung, die vorläufige Steuerrechnung und die Schlussrechnung können der steuerpflichtigen Person direkt zugestellt werden, auch wenn sie eine Vertretung bestimmt hat (Art. 159 Abs. 3).

3.1 Im vorliegenden Fall stellt sich vorab die Frage, ob die Beschwerdeführerin A für das eine Jahressteuer betreffende Verfahren überhaupt rechtsgültig einen vertraglichen Vertreter bestimmt hat oder nicht. Das Vertretungsverhältnis wird im Regelfall durch eine schriftliche Vollmacht begründet und ist für die Steuerbehörden beachtlich, sobald die Vollmacht den Steuerbehörden gehörig kundgetan wurde (*vgl. M. Zweifel in Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2a, N 12 zu Art. 117, auch zum Folgenden*). Nach Art. 9 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) bedarf der Vertreter (im Gegensatz zum blossen Prozessbeistand nach Abs. 1 dieser Bestimmung) sogar zwingend einer schriftlichen Vollmacht. Einzig bei Anwälten, welche die Berufsausübungsbewilligung im Kanton besitzen, wird diese vermutet (Art. 9 Abs. 2 VRPG). Im Recht der direkten Bundessteuer kann das Vertretungsverhältnis auch formlos und damit stillschweigend begründet werden. Letzteres kann sich aus den vom Vertretenen geschaffenen oder gebilligten Umständen ergeben (durch Anscheinsvollmacht), so etwa, wenn der Steuerpflichtige wissentlich duldet, dass ein anderer am Verfahren als sein Vertreter auftritt. Fehlt es aber an einer klaren schriftlichen Vollmacht, so darf ein Vertretungsverhältnis angesichts des Steuergeheimnisses (Art. 110 DBG) auch im Verfahren der direkten Bundessteuer nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Umständen eine eindeutige Willensäußerung des Steuerpflichtigen auf Bevollmächtigung eines Dritten ergibt. Andernfalls gilt die natürliche Vermutung, dass keine Vollmacht erteilt wurde, und es sind Verfügungen und Entscheide dem Steuerpflichtigen selber zu eröffnen (*BGer in ASA 67, 391, E. 2.a.; Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentare zum DBG, N 8 zu Art. 117DBG*). Der Nachweis, dass ein wirksa-

mes Vertretungsverhältnis besteht und gegenüber den Steuerbehörden auch gehörig kundgetan wurde, obliegt nach allgemeinen Beweisregeln dem Steuerpflichtigen (ASA 67, a.a.O.). Kann die Behörde (im Bereich der direkten Bundessteuer) aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis schliessen, darf sie sich auf dessen Bestehen verlassen, muss es aber nicht. Sie ist demnach berechtigt, nicht aber verpflichtet, eine schriftliche Vollmachtsurkunde zu verlangen (Art. 117 Abs. 2 Satz 2 DBG, Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 9 zu Art. 117 DBG; Zweifel, a.a.O., N 34 zu Art. 117 DBG). Bei den periodischen Steuern entfaltet das Vertretungsverhältnis (unter Vorbehalt einer besonderen Anordnung) jeweils nur für eine bestimmte Steuerperiode Wirkung, und zwar namentlich, wenn die schriftliche Vollmacht auf der Steuererklärung selber zu finden ist (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 14 zu Art. 117; Zweifel, a.a.O., N 36 zu Art. 117). Für die Annahme eines Vertretungsverhältnisses reicht der in der entsprechenden Rubrik der Steuererklärung angebrachte Hinweis, dass Rückfragen (beispielsweise) an eine bestimmte Treuhandgesellschaft zu richten seien, und der Hinweis auf tatsächlich dort getätigte Rückfragen indessen nicht aus. Indem der Steuerpflichtige (beispielsweise) eine Treuhandgesellschaft Auskünfte an die Steuerbehörde erteilen lässt, hat er diese damit noch nicht zu seiner Vertreterin ernannt (ASA 67, 395, Erw. 2.b.).

3.2 Die Steuerverwaltung hält in ihrer Vernehmlassung daran fest, dass für das vorliegend streitige Veranlagungsverfahren (2001a, betreffend einer Jahressteuer) ihr weder der Treuhänder R. noch die Beschwerdeführerin A. eine schriftliche Vertretungsvollmacht eingereicht haben. Dem hält A. entgegen, diese Feststellung sei durch eine der Steuererklärung 1999/2000 beiliegende Vertretungsvollmacht wiederlegt, welche die Steuerverwaltung selber ediert habe. Richtig ist, dass der Steuererklärung 1999/2000, welche die Steuerpflichtige am 17.5.2000 unterschrieb und welche bei der Steuerverwaltung einen Tag später einging, ein Schreiben des Treuhänders R. vom 24. September 1998 an die kantonale Steuerverwaltung beiliegt. Mit diesem Schreiben ersuchte R. ausdrücklich um Edition des Veranlagungsprotokolls "für die Steuererklärung 1997/98 (Bemessungsjahr 1995/96)". Diesem Schreiben hat R. eine vom 22. September (ohne Jahresangabe) datierende Vollmacht der Beschwerdeführerin A. beigeheftet. Da auch die Vollmacht selber keine Steuerperiode nennt, musste die Steuerverwaltung davon ausgehen, diese Vollmacht be-

ziehe sich nur auf die im Begleitschreiben genannte Steuerperiode 1997/98 und somit weder auf die Folgeperiode 1999/2000 (mit Bemessungsperiode 97/98) noch insbesondere auf die Veranlagung 2001a (nach Auffassung der Steuerverwaltung ist der Forderungsverzicht erst im Januar 1999 realisiert worden). Zudem wurden die Veranlagungsformulare für die Folgeperiode 1999/2000 den Pflichtigen frühestens im Februar 1999 zugestellt, so dass im September 1998 kein Anlass bestand, für die Veranlagungen 1999/2000 oder 2001a eine Vollmacht auszustellen oder bei der Steuerbehörde einzureichen. Da für die Veranlagungen 1999/2000 und 2001a auch keine anderen Vollmachten aktenkundig sind, steht fest, dass es für die Veranlagung der Jahressteuer jedenfalls an der nach Art. 9 Abs. 2 VRPG für eine nicht-anwaltliche Vertretung der zwingend erforderlichen schriftlichen Vollmacht fehlt.

3.3 Daran ändert nichts, dass A. in den vorangegangenen Steuererklärungen und namentlich in der Steuerperiode 1997/98 jeweils R. als Vertreter bestimmt hat. Für die Steuerperiode 1997/98 steht aufgrund des Begleitschreibens vom 24. September 1998 klar fest, dass die damit von R. eingereichte Vollmacht nur für diese und mangels ausdrücklicher Anordnung eben weder für die Folgeperiode 1999/2000 noch 2001a und die dafür massgebenden Bemessungsjahre ausgestellt wurde. Damit steht fest, dass der Treuhänder R. im vorliegend streitigen Veranlagungsverfahren ohne ausdrückliche Kundgabe einer schriftlichen Vollmacht für die Pflichtige tätig wurde. Nach Art. 9 Abs. 1 VRPG kann sich jede Partei verbeiständen lassen, aber vertreten nur, soweit nicht persönliches Handeln oder Erscheinen notwendig ist (desgleichen gilt nach Art. 159 Abs. 1 StG). Da ein Vertreter nach kantonalem Recht zwingend einer schriftlichen Vollmacht bedarf (Art. 9 Abs. 2 VRPG) steht damit e contrario fest, dass der Treuhänder R. mangels schriftlicher Vertretungsvollmacht bei der Veranlagung der Jahressteuer höchstens als Beistand der Beschwerdeführerin tätig war, sein konnte, und zwar unabhängig von den ohne Vollmacht tatsächlich ausgeübten Handlungen. Weil Art. 159 Abs. 2 StG eine Zustellung ausdrücklich nur an den Vertreter und nicht an einen blossen Prozessbeistand vorsieht, steht nach kantonalem Verfahrensrecht fest, dass die Eröffnung der Veranlagungsverfügung vom 16. Oktober 2002 korrekt erfolgt ist, wenn diese einzig der Beschwerdeführerin und nicht auch dem Treuhänder R. zugestellt wurde.

4. Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass auch im Verfahren der Landes- und Gemeindesteuern eine Vertretung durch eine blossе Anscheinsvollmacht begründet werden kann, ergäbe sich im vorliegenden Fall nichts anderes:

4.1 In Erw. 3.1 wurde dargetan, dass eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht etwa dann angenommen werden kann, wenn der Steuerpflichtige wissentlich duldet, dass ein anderer am Verfahren als sein Vertreter auftritt. Fehlt es aber an einer klaren schriftlichen Vollmacht, so darf ein Vertretungsverhältnis angesichts des auch im kantonalen Recht verankerten Steuergeheimnisses (Art. 153 StG) auch nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Umständen eine eindeutige Willensäusserung des Steuerpflichtigen auf Bevollmächtigung des in Frage stehenden Dritten ergibt. Ergibt sich das Vertretungsverhältnis nicht eindeutig aus den Umständen, so erfolgt die Zustellung an den Steuerpflichtigen. Dies ist aber nur dann richtig, wenn die Steuerbehörde den ohne Vollmacht auftretenden Vertreter nicht bereits (stillschweigend) als Vertreter akzeptiert hat (indem sie z.B. von ihm eingereichte Fristerstreckungsgesuche bewilligt hat oder mit ihm über den Fall korrespondiert hat). Diesfalls kann die Steuerbehörde die Zustellung nur dann an den Steuerpflichtigen selbst vornehmen, wenn sie vorgängig erfolglos vom Vertreter eine schriftliche Vollmacht verlangt oder den Vertreter sonst deutlich als Vertreter abgelehnt hat (*Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, N 15 zu Art. 117*). Die Korrespondenz mit einem vollmachtlosen Dritten indiziert allerdings dann kein Vertretungsverhältnis, wenn der betreffende Dritte in der Steuererklärung unter "Rückfragen an" namentlich aufgeführt ist. Ein dort bezeichneter Dritter wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts damit nicht etwa als Vertreter eingesetzt, sondern gilt einzig als Auskunftsperson des Pflichtigen (dabei bleibt es, wenn die Steuerverwaltung mit diesem Dritten korrespondiert; vgl. ASA 67, 391, E. 2.b).

4.2 Der umstrittene Forderungsverzicht wurde von der Steuerverwaltung im Rahmen der Steuerveranlagung 2001a mit einer Jahressteuer erfasst, und zwar ausgehend von dessen Realisation per Januar/Februar 1999 (Veranlagungsverfügung vom 16. Oktober 2002). Mit der von der Beschwerdeführerin am 3. September 2001 unterschriebenen Steuererklärung 2001a wurde Treuhänder R. in der Rubrik "Rückfragen an" als Auskunftsperson eingesetzt; eine Vollmacht ist für diese Steuerperiode nicht aktenkundig. Von diesem Forderungs-

verzicht erhielt die Steuerverwaltung schon im Verlauf der Veranlagung 1999/2000 Kenntnis (Schreiben des Treuhänders R. vom 7. Juli 2000). In der Beschwerde wird nun geltend gemacht, im Anschluss an dieses Schreiben habe R. verschiedentlich mit der Steuerverwaltung korrespondiert und am 24. Juli 2000 habe dieser zusammen mit A. an einer Besprechung mit der Steuerverwaltung teilgenommen. Dabei war auch vom Forderungsverzicht die Rede, wobei der Treuhänder - anders als die Steuerverwaltung - die Auffassung vertrat, dieser Forderungsverzicht sei bereits im Jahre 1998 realisiert worden, weshalb dieser im Rahmen der Hauptveranlagung 1999/2000 zu besteuern sei. Diesem Standpunkt ist die Vorinstanz zu Recht und für die Beschwerdeführerin mit der Eröffnung der definitiven Hauptveranlagung 99/2000 am 13. November 2000 erkennbar nicht gefolgt (vgl. die damalige Bemerkung zu Ziff. 28): Der Forderungsverzicht der U-Bank datiert zwar vom 18. November 1998, aber er war ausdrücklich nicht nur an die Bedingung gebunden, dass die R-Bank St. Gallen das Restdarlehen im Betrag von Fr. 250'000.-- bis spätestens am 28. Dezember 1998 zu übernehmen habe (diese Bedingung wurde fristgerecht erfüllt). Der Forderungsverzicht war auch an die auflösende Bedingung geknüpft, dass die Beschwerdeführerin bis Ende 1999 nicht in Konkurs geraten dürfe, sonst falle dieser dahin. Dadurch blieb der Forderungsverzicht in einem Schwebezustand und die Pflichtige A. hat erst per Ende 1999 einen Rechtsanspruch darauf erlangt. Daher ist im Ergebnis richtig, dass die Steuerverwaltung von einer Realisierung im Jahre 1999 ausging. In verfahrensrechtlicher Hinsicht steht damit fest, dass die Vorinstanz den Forderungsverzicht zu Recht erst im Rahmen der Veranlagung 2001a mit einer Jahressteuer erfasst hat (Art. 279 ff. StG). Dass der ohne Kundgabe einer Vollmacht tätige Treuhänder R. in der Steuererklärung 2001a als für Rückfragen zuständig bezeichnet wurde, kann nach der erwähnten Rechtsprechung einzig bedeuten, dass er von der Steuerpflichtigen lediglich, aber immerhin als Auskunftsperson eingesetzt wurde. Unter diesen Umständen besteht kein Raum für die Annahme einer Anscheinsvollmacht, denn die Rolle des Treuhänders wurde damit von A. auf die Auskunftgabe eingeschränkt und dies wurde der Steuerverwaltung mit der Steuererklärung 2001a auch so kundgetan. Die Steuerverwaltung hatte somit im Rahmen der Veranlagung 2001a weder nach kantonalem noch dem Verfahrensrecht der direkten Bundessteuer Anlass oder Handhabe, den Treuhänder als Vertreter zu betrachten. Mit dem

als Auskunftsperson eingesetzten R. musste die Steuerverwaltung naturgemäss korrespondieren und ihm nötigenfalls dafür angesetzte Fristen erstrecken. Daraus konnte der ohne Kundgabe einer Vollmacht tätige Treuhänder keinesfalls gutgläubig schliessen, er sei nun als eigentlicher Vertreter akzeptiert und werde die Veranlagung 2001a dann auch zugestellt erhalten. Damit steht nun jedenfalls fest, dass R. im massgebenden Veranlagungsverfahren (2001a) einzig als Auskunftsperson und mangels Vollmacht sowie nach Treu und Glauben nicht als Vertreter eingesetzt war .

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Zustellung der Veranlagung 2001a vom 16. Oktober 2002 ausschliesslich an A. nicht zu beanstanden ist. Da kein Eröffnungsmangel besteht und A. in der Beschwerde auch ausdrücklich zugesteht, sie habe die Einsprachefrist ungenutzt verstreichen lassen, ist die Veranlagung vom 16. Oktober 2002 der Jahressteuer für Staat und Gemeinde unangefochten in Rechtskraft erwachsen (mit separatem Urteil wurde das Gleiche auch für die Veranlagung gleichen Datums der Jahressteuer nach dem Recht der direkten Bundessteuer festgestellt). Von einer Nichtigkeit dieser Verfügung(en) aufgrund eines Eröffnungsmangels kann somit keine Rede sein. Dass diese Veranlagungsverfügung(en) im Übrigen als Veranlagung erkennbar war(en), ergibt sich aus dem Wortlaut und der Rechtsmittelbelehrung, so dass es keiner Bezeichnung als Veranlagungsverfügung bedurfte; eine solche Bezeichnung ist auch nach Art. 18 VRPG nicht erforderlich. Soweit geltend gemacht wird, die in den (beiden) Verfügungen ausdrücklich als Beilage erwähnte Rechtsmittelbelehrung habe gefehlt, wäre gegebenenfalls A. aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht gehalten gewesen, sich umgehend bei der Steuerverwaltung um die fehlende Beilage zu bemühen. Dass sie dies tatsächlich und erfolglos getan haben soll, wird weder behauptet noch nachgewiesen. Damit steht fest, dass der Rechtskraft der korrekt und formrichtig an die Beschwerdeführerin eröffneten (beiden) Veranlagungen auch keinesfalls Nichtigkeitsgründe entgegenstehen.

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die zahlreichen Vorbringen zutreffen, welche für den Fall vorgebracht wurden, dass der Treuhänder nicht bloss als Auskunftsperson, sondern als Vertreter zu betrachten wäre.

Dessen ungeachtet ist an die Adresse des Treuhänders darauf hinzuweisen, dass bei einer Pflichtigen, um deren "Pflichtvergessen-

heit" der Treuhänder eigener Darstellung nach wusste oder wissen musste, es sich empfehlen dürfte, dass dieser jeweils unaufgefordert mit jeder Steuererklärung eine Vertretungsvollmacht einreicht. Dies jedenfalls dann, wenn die betreffende Steuerpflichtige eine Vertretung wünscht und sich nicht bloss mit einer Verbeiständung durch eine Auskunftsperson begnügen will. Einzig bei einer anwaltlichen Vertretung kann auf die Einreichung einer Vollmacht verzichtet werden (Art. 9 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Im Hinblick auf Art. 159 Abs. 2 Satz 2 StG sollte mit der Vollmacht jeweils auch ausdrücklich um Zustellung an den Vertreter ersucht werden. Damit können auch nicht-anwaltliche Vertreter auf einfache Weise erwirken, dass Fristen erst durch die Zustellung an den bevollmächtigten Vertreter ausgelöst werden.

VGer 18.08.2004

2250

Grundstückgewinnsteuer. Eine gesamtschweizerisch tätige Immobiliengesellschaft, welche im hiesigen Kanton keine eigentliche Betriebsstätte mit Büroeinrichtungen und dergleichen unterhält, unterliegt der Grundstücksgewinnsteuerpflicht, auch wenn die Steuerbehörde zuvor einer steuerneutralen Ausgliederung der von der Muttergesellschaft im Kanton gehaltenen Liegenschaften in die betreffende Immobiliengesellschaft zugestimmt hat. Besteht deshalb bei der Immobiliengesellschaft im Kanton einzig eine Steuerpflicht aus Grundeigentum, beschränkt sich die Grundstücksgewinnbesteuerung nach Art. 122 Abs. 2 lit. b StG auf die Differenz zwischen Erlös und den Anlagekosten; allfällige Buchgewinne werden nicht von dieser speziellen Objektsteuer erfasst. Selbst für eine nur ausnahmsweise Erfassung der wiedereingebrachten Abschreibungen mit der Grundstücksgewinnsteuer fehlt es an der dazu erforderlichen kantonalgesetzlichen Grundlage.

Aus den Erwägungen:

2. (es wird festgestellt, dass es sich bei den im Kanton gehaltenen Liegenschaften ausnahmslos um an Dritte vermietete Liegenschaften

handelt und dass die Immobiliengesellschaft hier für ihre betrieblichen Zwecke keinerlei Büroräumlichkeiten hält und nutzt)

2.1 Nach Art. 122 Abs. 1 StG unterliegen der Grundstücksgewinnsteuer die bei der Veräusserung von Grundstücken im Privatvermögen erzielten Gewinne. Nach Abs. 2 lit. b dieser Bestimmung werden aber insbesondere auch Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken im Geschäftsvermögen von der Grundstücksgewinnsteuer erfasst, wenn im Kanton lediglich eine Steuerpflicht aus Grundeigentum besteht. Andernfalls werden die Grundstücke im Geschäftsvermögen in aller Regel mit der ordentlichen Einkommens- bzw. Gewinnsteuer erfasst, weshalb der Kanton Appenzell A.Rh. zur Mehrzahl der Kantone mit dualistischem System gehört (vgl. u.a. Höhn/Waldburger, *Steuerrecht I*, 8.Aufl., N17 zu §22).

Juristische Personen entrichten im Regelfall Steuern vom Reingewinn und auf dem Kapital. Die juristischen Personen entrichten indes dann eine Minimalsteuer von 2 Promillen des amtlichen Verkehrswertes auf ihren im Kanton gelegenen Grundstücken, wenn diese die Steuern vom Reingewinn und Kapital übersteigt (Art. 96 Abs. 1 und 2 StG). Von dieser Minimalsteuer ausgenommen sind nach Abs. 3 lit. b dieser Bestimmung juristische Personen für Grundstücke, auf denen zur Hauptsache der Betrieb des eigenen Unternehmens geführt wird.

Sowohl bei der Grundstücksgewinnsteuer als auch bei der Minimalbesteuerung stellt sich demnach jeweils die Frage, ob Grundstücke im Geschäftsvermögen dem Unternehmen als Betriebsstätte dienen. Ist dies zu bejahen, besteht für die betreffenden Grundstücke einerseits keine Grundstücksgewinnsteuerpflicht (Art. 122 Abs. 2 lit. b StG) und andererseits auch keine Minimalsteuerpflicht, sondern die juristische Person bleibt dann ausschliesslich der ordentlichen Gewinn- und Kapitalbesteuerung unterworfen.

Im Urteil 2P.323/2004 vom 2. März 2005 hat das Bundesgericht zur identischen gesamtschweizerisch tätigen C. Immobilien AG (mit Sitz in Bern) und zu einer vergleichbaren gesetzlichen Regelung der Minimalbesteuerung festgestellt, dass die C. AG in jenem Kanton nur Liegenschaften halte, welche sie an ihre Muttergesellschaft (mit Sitz in Basel) vermiete. Dass die C. AG im betreffenden Kanton (AI) für ihre Zwecke als Immobiliengesellschaft keine eigentliche Betriebsstätte mit Büroeinrichtungen und dergleichen unterhielt, war ebenfalls unbestritten. Obschon auch jene kantonale Steuerverwaltung der steuerneut-

ralen Umstrukturierung der C.-Gruppe zugestimmt hatte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die kantonale Behörde bei der Umstrukturierung eine sog. "konzernweite" Betrachtungsweise angewandt und deshalb die neu entstandene C. Immobilien AG als Betrieb qualifiziert habe. Ob auf den unzähligen, von dieser Ausgliederung betroffenen Liegenschaften auch der eigentliche Betrieb der Immobiliengesellschaft geführt wurde, sei dabei nicht entscheidend gewesen. Dagegen sei der Begriff Betrieb bzw. Betriebsstätte bei der periodischen Besteuerung (Gewinn-, Kapital-, bzw. Minimalbesteuerung) offensichtlich enger, auf den Kanton bezogen zu deuten. Namentlich bei der Minimalsteuer sei deshalb eine auf den Kanton fokussierte engere Betrachtungsweise vertretbar. Deshalb habe die kantonale Steuerbehörde ohne Willkür annehmen dürfen, die an einen Dritten vermietete Liegenschaft stelle keinen "Betrieb" der C. AG dar, und zwar selbst ungeachtet des Umstandes, dass es sich bei jenem Mieter um die Muttergesellschaft der C. AG gehandelt habe. Weil das Betriebserfordernis bei einer Umstrukturierung ein anderes sei als bei der Minimalbesteuerung, konnte die C. AG aus der Zustimmung zur steuerneutralen Ausgliederung der Liegenschaften auch aus Treu und Glauben nicht ableiten, sie unterhalte im betroffenen Kanton eine Betriebsstätte. Das Bundesgericht verneinte deshalb auch den interkantonalen Charakter dieser Unternehmung und die behauptete Verletzung des Doppelbesteuerungs- und des Schlechterstellungsverbot (E.3).

2.2 Eine auf den Kanton fokussierte Betrachtungsweise ist analog auch bei der Minimalbesteuerung nach Art. 96 Abs. 3 lit. b des hiesigen StG geboten. Dass sich die Frage, ob ein Grundstück im Geschäftsvermögen dem Unternehmen als Betriebsstätte im Kanton dient, in gleicher Weise auch bei der Grundstücksgewinnsteuer bzw. bei der Anwendung von Art. 122 Abs. 2 lit. b StG stellt, spricht dafür, diese kantonsbezogene Betrachtungsweise analog auch dort anzuwenden; entsprechend ist das Bestehen einer Betriebsstätte auch vorliegend zu verneinen. Dem steht keiner der Tatbestände in Art. 12 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14) entgegen, zumal den Kantonen diesbezüglich ohnehin ein grosser Spielraum verbleibt (*vgl. Zwahlen in: Kommentar zum Schweiz. Steuerrecht I/1, N2 zu Art. 12 StHG*). Andere Gründe, weshalb sich eine kantonsbezogene Betrachtungsweise beim Begriff der Betriebsstätte nur bei der Minimal-

besteuerung, nicht aber bei der kantonalen Grundstücksgewinnsteuer aufdrängen soll, sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht dargelegt. Weil die C. AG auch im hiesigen Kanton über keine Räumlichkeiten verfügt, welche sie unmittelbar für ihre Geschäftstätigkeit als Immobiliengesellschaft nutzt, sondern alle ihre Liegenschaften fremdvermietet, durfte die Vorinstanz wie schon bei der Minimalbesteuerung der C. AG in den Vorjahren auch bei der Grundstücksgewinnsteuer per 26.9.2003 davon ausgehen, die C. AG verfüge im Kanton lediglich über Kapitalanlageliegenschaften und sei einzig aus Grundeigentum steuerpflichtig.

Weder aus der seinerzeitigen Zustimmung zur steuerneutralen Umstrukturierung der C.-Gruppe noch aus Treu und Glauben kann die Beschwerdeführerin etwas anderes ableiten. Dies nicht nur wegen des analog zur Minimalsteuer auch bei der Grundstücksgewinnsteuer engeren Betriebsbegriffes, sondern auch, weil sie in den Veranlagungen der Vorjahre 2002 und 2003 die Erhebung der Minimalsteuer auf ihren nicht als Betriebsstätten qualifizierten Grundstücken akzeptiert hat. Da nach Art. 96 Abs. 3 lit. b StG die Erhebung einer Minimalsteuer auf allfälligen Betriebsstätten nicht zulässig gewesen wäre, konnte sie bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit seither nicht mehr darauf vertrauen, die Steuerverwaltung betrachte ihre Grundstücke als Betriebsstätten.

2.3 Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Steuerverwaltung bei der C. AG in Anwendung von Art. 122 Abs. 2 lit. b StG von einer Steuerpflicht im Kanton Appenzell A.Rh. einzig aus Grundeigentum ausging. Der beim Verkauf der Liegenschaft im Geschäftsvermögen erzielte Gewinn wurde deshalb zu Recht mit der Grundstücksgewinnsteuer belegt. In diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen.

3. Unterliegt der beim Verkauf des Grundstückes in Urnäsch erzielte Gewinn der Grundstücksgewinnsteuer, bleibt umstritten, wie sich der von dieser Steuer erfasste Gewinn bemisst. Die Steuerverwaltung hält daran fest, dass bei ausserhalb des Sitzkantons gelegenen Liegenschaften sowohl ein allfälliger Wertzuwachs als auch der Buchgewinn dem Liegenschaftskanton zur ausschliesslichen Besteuerung mit der Grundstücksgewinnsteuer vorbehalten sei. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass nach Art. 126 StG die Grundstücksgewinnsteuer einzig auf einer positiven Differenz zwischen Erlös und Anlagekosten erhoben werden könne. Weil keine positive Diffe-

renz resultiere, sei vorliegend auch keine Grundstückgewinnsteuer geschuldet.

3.1 Art. 126 StG bestimmt unter dem Titel Steuerobjekt als Grundstückgewinn denjenigen Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und Aufwendungen) übersteigt. Als Erlös gilt der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen der erwerbenden Person (Art. 127 Abs. 1). Als Anlagekosten ist einerseits der Erwerbspreis zu berücksichtigen. Als solcher gilt der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen der erwerbenden Person (Art. 128 Abs. 1). Fehlt beim Erwerb ein Kaufpreis, ist der amtliche Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erwerbs massgebend (Art. 128 Abs. 2 Satz 1). Als Aufwendungen sind andererseits nach Art. 129 StG anzurechnen, a) die nachgewiesenen Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessung und andere dauernde Werterhöhungen von Grundstücken; ferner sind nach lit. b-d) Grundeigentümerbeiträge, Handänderungsabgaben, Vermittlungsprovisionen sowie der Wert der eigenen Arbeit anrechenbar, wenn letztere als Einkommen in der Schweiz versteuert wurde. Nicht als Aufwendungen anrechenbar sind die Auslagen für den Unterhalt und die Verwaltung, soweit sie bei der ordentlichen Einkommensveranlagung bereits als Abzug berücksichtigt worden sind. Liegt die massgebende Handänderung mehr als 20 Jahre zurück, so darf die steuerpflichtige Person nach Art. 131 Abs. 3 StG wahlweise die nachweisbaren Anlagekosten oder den amtlichen Verkehrswert vor 20 Jahren, zuzüglich der seitherigen wertvermehrenden Aufwendungen, in Anrechnung bringen.

3.2 Der Wortlaut der gesetzlichen Grundlage der Grundstückgewinnsteuer nennt einzig die Differenz zwischen Verkaufserlös und Anlagewert als deren Steuerobjekt, wogegen sich für eine Erfassung auch der Differenz zum Buchwert mit dieser speziellen Objektsteuer keinerlei Anhaltspunkte finden lassen. Die Steuerverwaltung anerkennt zwar, dass die vorstehend erwähnten Begriffe Erlös, Anlagekosten, Erwerbspreis und Aufwendungen für die Berechnung des Grundstückgewinnes massgebend sind. Sie scheint indessen davon auszugehen, dass diese Begriffe nur bei Grundstücken im Privatvermögen massgebend sein sollen, nicht aber für die im dualistischen System bei Grundstücken im Geschäftsvermögen nur ausnahmsweise gegebene Erfassung mit der Grundstückgewinnsteuer (Art. 122 Abs. 2 lit. b StG). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Denn selbst die vorgenannte Ausnahmebestimmung enthält keinerlei Anhaltspunkte

für eine abweichende, auf dem Buchwert basierende Bestimmung des Grundstückgewinnes. Selbst in Kantonen mit monistischem System (alle Gewinne, welche mit Grundstücken des Privat- und Geschäftsvermögens erzielt werden, werden einheitlich mit dieser speziellen Objektsteuer erfasst) ist Gegenstand der Grundstückgewinnsteuer immer nur die Differenz zwischen den Anlagekosten und dem Erlös (vgl. *M. Langenegger, Handbuch zur bernischen Grundstückgewinnsteuer, 2001, 116ff.*). In monistischen Kantonen wird deshalb der Buchgewinn regelmässig von der einheitlichen Besteuerung im Rahmen der Grundstückgewinnbesteuerung ausgenommen. Die sog. wiedereingebrachten Abschreibungen unterliegen selbst in monistischen Kantonen (wie ZH oder BE) in aller Regel entweder der Einkommens- oder der Gewinnbesteuerung und sind von der speziellen Objektsteuer ausgenommen (vgl. *Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, N 6 in VB zu §§216-226*). Wenn die Buchgewinne in Kantonen mit an sich einheitlicher Besteuerung der Grundstücke im Privat- und Geschäftsvermögen schon durchwegs ausgenommen sind, so muss diese Ausnahme erst Recht für unseren Kanton mit seiner ohnehin dualistischen Besteuerung der Grundstückgewinne gelten (zur Modellwahl vgl. *B. Zwahlen, in: Komm. zum Schweiz. Steuerrecht I/1, N 4 zu Art. 12 StHG*). Soweit nach Art. 122 Abs. 2 lit. b StG Gewinne auf Grundstücken im Geschäftsvermögen der Grundstücksgewinnbesteuerung unterliegen, wenn im Kanton lediglich eine Steuerpflicht aus Grundeigentum besteht, gilt insofern das monistische System und sind die Buchgewinne dann eben auch von der Erfassung durch die spezielle Objektsteuer ausgenommen (vgl. *Höhn/Waldburger, Steuerrecht I, 8. Aufl., N 83 zu § 3*). Andernfalls müsste Art. 122 Abs. 2 lit. b wenigstens ansatzweise auf eine ausnahmsweise Erfassung auch der Buchgewinne mit dieser Objektsteuer hindeuten; dies ist nicht der Fall. Eine ausdehnende Auslegung über den Wortlaut der begrifflich an sich klaren Bestimmung des Steuerobjektes in Art. 126 ff. entbehrt somit der erforderlichen gesetzlichen Grundlage. In diesem Punkt erweist sich der angefochtene Entscheid als unhaltbar.

3.3 Soweit die Steuerverwaltung wiederholt auf die Rechtsprechung zum Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung verweist, trifft zu, dass demnach sowohl Erträge als auch Veräusserungsgewinne dem Liegenschaftskanton zur ausschliesslichen Besteuerung zugewiesen sind, wenn sich dort keine Betriebsstätte befindet. Diese

interkantonale Zuweisung allein ändert aber nichts daran, dass vorliegend die kantonalrechtlich erforderliche gesetzliche Grundlage selbst für eine nur ausnahmsweise Erfassung der wiedereingebrachten Abschreibungen mit der Grundstücksgewinnsteuer fehlt. Ob die interkantonale zur Besteuerung zugewiesenen wiedereingebrachten Abschreibungen bei der C. AG trotz Fehlens einer Betriebsstätte mit der ordentlichen Gewinnsteuer erfasst werden könnte, kann offen bleiben, da die ordentliche Gewinnbesteuerung im Liegenschaftskanton nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Entsprechend braucht auf die dazu erhobenen Rügen nicht eingetreten werden. Sollte eine Erfassung im Rahmen der ordentlichen Gewinnbesteuerung ausgeschlossen sein, könnte es sich dabei, weil der Umfang der Steuerpflicht in Frage steht, bloss um eine unechte Lücke handeln, die zu schliessen, dem Gesetzgeber und nicht dem Rechtsanwender vorbehalten ist (vgl. *Höhn/Waldburger, Steuerrecht I, 8. Aufl., N18 zu §5*). Soweit die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid an der Besteuerung der wiedereingebrachten Abschreibungen mit der Grundstücksgewinnsteuer festhält, und sich nicht auf die Besteuerung der Differenz zwischen Erlös und den Anlagekosten gemäss Art. 126 ff. StG beschränkt, ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3.4 Obschon für die Beschwerdeführerin als juristische Person grundsätzlich ihre Buchhaltung massgebend ist, muss bei der Veranlagung der Grundstücksgewinnsteuer nach Art. 128 StG auf den seinerzeitigen Erwerbspreis, allenfalls auf den amtlichen Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erwerbs, sowie auf die seitherigen Aufwendungen abgestellt werden (Art. 129 ff.). Den eingereichten Akten lassen sich diese Angaben nicht vollständig entnehmen. Da es primär Sache der kantonalen Steuerverwaltung ist, solche grundlegenden Sachverhalte in erster Instanz festzustellen, ist die Sache zur Veranlagung gestützt auf die Differenz zwischen Erlös und Anlagekosten und unter Ausklammerung der wiedereingebrachten Abschreibungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

VGer 21.09.2005

2251

Beteiligungsabzug nach Art. 69/70 DBG. Kann für den Beteiligungsabzug der auf einer Altbeteiligung (nach Art. 207a DBG) erzielte Kapitalgewinn in einen Liquidationsertrag umgedeutet werden?

Die T. AG veräusserte per 1.8.2002 ihre 100%-ige Beteiligung an der G. AG zum Preise von Fr. 200'000.--. Die Aktien der G. AG waren in der Bilanz der T. AG mit Fr. 127'737.20 verbucht. Die G. AG war bei ihrem Verkauf faktisch liquidiert, weshalb es sich um den Verkauf eines Aktienmantels gehandelt hat. Nach Auffassung der kantonalen Steuerverwaltung erzielte die T. AG damit einen Kapitalgewinn von Fr. 72'263.--; die T. AG verbuchte und deklarierte jedoch davon Fr. 40'000.-- als Beteiligungsertrag und Fr. 32'262.80 als Kapitalgewinn. Die Steuerverwaltung veranlagte bei der direkten Bundessteuer einen steuerbaren Gewinn von Fr. 39'500.-- und einen Beteiligungsabzug von 12.19%. Dabei ging sie im Umfang von 50% der gehaltenen Aktien von einer Neubeteiligung und einem darauf erzielten Kapitalgewinn von Fr. 2'263.-- aus (Nominalwert Fr. 80'000.--, Verkaufserlös Fr. 100'000.--, Gestehungskosten=Buchwert Fr. 97'737.--); auf diesem Kapitalgewinn gewährte sie den Beteiligungsabzug. Die andere Hälfte der 100%-Beteiligung wurde als Altbeteiligung mit einem darauf erzielten Kapitalgewinn von Fr. 70'000.-- qualifiziert (Nominalwert Fr. 80'000, Verkaufserlös Fr. 100'000.--, Gestehungskosten=Buchwert Fr. 30'000.--); darauf verweigerte sie den Beteiligungsabzug. Mit Einsprache und Beschwerde verlangte die T. AG analog zu Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG auch für die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wonach beim Mantelhandel der Liquidationserlös durchwegs als Ertrag aus der Beteiligung und nicht als Kapitalgewinn zu behandeln sei. Eventualiter sei die Differenz zwischen dem Verkaufserlös (Fr. 200'000.--) und dem Nominalwert (Fr. 160'000.--) der Beteiligung (=Fr. 40'000.--, abzüglich anteilmässige Verwaltungskosten) wie verbucht als Beteiligungsertrag zu qualifizieren, was im Ergebnis ebenfalls zu einem Beteiligungsabzug von 100% führe.

Aus den Erwägungen:

2. Juristische Personen haben die direkte Bundessteuer auf ihrem Reingewinn zu entrichten (Art. 57 des Gesetzes über die direkte Bun-

dessteuer, DBG, SR 642.11). Ausgangspunkt für die steuerrechtliche Bestimmung des Unternehmensgewinns ist die kaufmännische Jahresrechnung, bestehend aus Bilanz und Erfolgsrechnung. Der steuerbare Reingewinn stimmt grundsätzlich mit dem buchmässig ausgewiesenen Gewinn überein. Die zivilrechtlichen Bilanz- und Bewertungsgrundsätze sind grundsätzlich auch für das Steuerrecht verbindlich (sog. Massgeblichkeit der Handelsbilanz). Abweichungen finden grundsätzlich nur aufgrund von steuerrechtlichen Vorschriften statt, wie sie in Art. 58 Abs. 1 lit. b und c DBG verankert sind (*Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, N 4-8 zu Art. 58*). Auf dem buchmässig ausgewiesenen und steuerrechtlich nötigenfalls korrigierten steuerbaren Gewinn ist die Gewinnsteuer nach Art. 68 DBG geschuldet. Auf der so ermittelten Gewinnsteuer sieht Art. 69 DBG zur Vermeidung einer Doppel- oder Vielfachbesteuerung seit der Unternehmenssteuerreform nun zwar eine Ermässigung vor für Gesellschaften, die ihrerseits Gesellschaften bzw. Beteiligungen besitzen. Sofern eine Kapitalgesellschaft zu mindestens 20 Prozent am Grund oder Stammkapital anderer Gesellschaften beteiligt ist oder wenn ihre Beteiligung an solchem Kapital einen Verkehrswert von mindestens 2 Millionen Franken ausmacht, ermässigt sich die Gewinnsteuer im Verhältnis des Nettoertrages aus diesen Beteiligungen zum gesamten Reingewinn. Nach Art. 70 Abs. 1 DBG entspricht der Nettoertrag aus Beteiligungen (nach Art. 69) dem Ertrag dieser Beteiligungen abzüglich des darauf entfallenden Finanzierungsaufwandes und eines Beitrages von 5 Prozent zur Deckung des Verwaltungsaufwandes; der Nachweis des effektiven Verwaltungsaufwandes bleibt vorbehalten. Als Finanzierungsaufwand gelten Schuldzinsen sowie weiterer Aufwand, der wirtschaftlich den Schuldzinsen gleichzustellen ist. Zum Ertrag aus Beteiligungen gehören auch die Kapitalgewinne auf diesen Beteiligungen sowie die Erlöse aus den dazugehörigen Bezugsrechten. Vorbehalten bleibt indessen die Übergangsbestimmung in Art. 207a DBG, welche den Beteiligungsabzug auf sog. Neubeteiligungen beschränkt: Demnach sind Kapitalgewinne auf Beteiligungen bei der Berechnung des Nettoertrages nach Art. 70 Abs. 1 nicht zu berücksichtigen, wenn die betreffenden Beteiligungen schon vor dem 1. Januar 1997 im Besitze der Kapitalgesellschaft waren *und* die erwähnten Gewinne auch vor dem 1. Januar 2007 erzielt werden (sogenannte Altbeteiligungen). Für solche Altbeteiligungen gelten die

Gewinnsteuerwerte zu Beginn des Geschäftsjahres, das im Kalenderjahr 1997 endet, als Gesteungskosten (Art. 207a Abs. 2 DBG).

2.1 Dass die von der T. AG verkaufte 100%-Beteiligung an der G. AG zur Hälfte vor dem 1. Januar 1997 in den Besitz der T. AG gelangt ist und dass es sich dabei grundsätzlich um eine Altbeteiligung im Sinne von Art. 207a Abs. 1 und 2 DBG handelt, wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Der frühere Vertreter der Beschwerdeführerin hat den Kauf einer 50%-Beteiligung per 15.1.1987 ausdrücklich bestätigt und diesen Teil selber auch als Altbeteiligung qualifiziert; dass (nur) der Kauf der restlichen 50%-Beteiligung per 17.6.1999 erfolgte, wurde in einer Aktennotiz bestätigt und entsprechend ist auch die Qualifikation zur Hälfte als Neubeteiligung zu Recht unbestritten. Zu Recht unbestritten ist ferner, dass für die Altbeteiligung im dafür nach Art. 207a massgebenden Geschäftsjahr (1997) von Gesteungskosten von Fr. 30'000.-- und bei der Neubeteiligung von Fr. 97'737.-- auszugehen ist.

Dass es sich im Verkaufszeitpunkt bei der G. AG um eine faktisch liquidierte Gesellschaft gehandelt hat und dass die T. AG somit bloss noch einen Aktienmantel für insgesamt Fr. 200'000.-- verkauft hat (womit für die Alt- und Neubeteiligung je Fr. 100'000.-- erzielt wurden) ist ebenfalls unbestritten. Umstritten ist hingegen, wie die jeweilige Differenz zwischen den Gesteungskosten und dem Verkaufserlös (von Fr. 70'000.-- bei der Altbeteiligung und Fr. 2'263.-- bei der Neubeteiligung) zu qualifizieren ist und inwiefern dafür der von der Beschwerdeführerin beantragte Beteiligungsabzug im Sinn von Art. 69 und 70 DBG gewährt werden kann.

2.2 Die Vorinstanz hat bei der Auslegung der Art. 69, 70 und 207a DBG zu Recht vorab auf den klaren Wortlaut dieser Bestimmungen abgestellt. Durch die 1997 eingeführte neue Ordnung werden Kapitalgewinne aus der Veräusserung von wesentlichen Beteiligungen (von mind. 20%) grundsätzlich den Beteiligungserträgen gleichgestellt (Art. 70 Abs. 1 Satz 3 DBG; *Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, N19 zu Art. 70*). Dass die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen den Beteiligungserträgen gleichgestellt werden, bedeutet indessen nicht, dass diese beiden Tatbestände zusammenfallen. Begrifflich umfassen Beteiligungserträge alle Zuwendungen an den Inhaber einer Beteiligung, welche diesem ohne Veräusserung der Beteiligung (kraft des Beteiligungsrechts) zufließen. Dagegen fließen Beteiligungsgewinne dem Inhaber nur zu,

wenn er seine Beteiligung veräussert. Die mit der Reform für die Zukunft angestrebte Gleichstellung der Kapitalgewinne aus Veräusserung von Beteiligungen mit den Beteiligungserträgen wurde Übergangsrechtlich durch Art. 207a DBG stark eingeschränkt, und zwar auf Beteiligungen, welche erst nach dem 1.1.1997 in den Besitz der Gesellschaft gelangt sind. Die Gleichstellung der Kapitalgewinne aus Beteiligungsveräusserung mit den Beteiligungserträgen wurde für die Altbeteiligungen vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen. Mit dieser Übergangsregelung wollte der Gesetzgeber erklärermassen der Befürchtung entgegenreten, die neuen Bestimmungen könnten eine steuerfolgenlose Abwanderung von Beteiligungsgesellschaften ins Ausland zur Folge haben (vgl. *Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, N4 zu Art. 207a; Duss/Altdorfer, in: Komm. zum Schweiz. Steuerrecht I/2.b, N1 zu Art. 207a*). Deshalb wurde mit Art. 207a Abs. 1 DBG für eine bestimmte Übergangsfrist die mit Art. 70 neu eingeführte Steuerfreiheit für Kapitalgewinne aus Veräusserung für Altbeteiligungen noch ausgeschlossen. Diese spezifisch Übergangsrechtliche Zielsetzung des Art. 207a DBG wird von der Beschwerdeführerin verkannt, soweit sie sich für die Auslegung dieser Bestimmung auf die Zielsetzung der allgemeinen Bestimmungen in Art. 69 und 70 DBG beruft. Die "wirtschaftliche" Betrachtungsweise, wie sie der Beschwerdeführerin vorschwebt, hätte bei den Altbeteiligungen eine steuerbefreiende Wirkung, wie sie der Gesetzgeber für diese Übergangsrechtlich gerade ausschliessen wollte. Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Begriff des Kapitalgewinnes aus der Veräusserung von Beteiligungen bei den von Art. 69 ff. und Art. 207a DBG erfassten juristischen Personen weiterhin zivilrechtlich versteht und die Umdeutung des Verkaufserlöses in einen Beteiligungsertrag abgelehnt hat.

2.3 Zu prüfen bleibt, wie angesichts der Massgeblichkeit der Handelsbilanz die Tatsache zu würdigen ist, dass die Beschwerdeführerin den ihr bei der Veräusserung des Aktienmantels zugeflossenen Erlös von insgesamt Fr. 72'363.-- in der Bilanz in einen "Kapitalertrag" von Fr. 40'000.-- und einen Kapitalgewinn von Fr. 32'262.80 aufgeteilt und so verbucht hat. Die Verbuchung von Fr. 40'000.-- als Beteiligungsertrag und nicht (auch) als Kapitalgewinn ist steuerrechtlich deshalb unbeachtlich, weil damit die aktenkundige Tatsache verschleiert wurde, dass die 100%-Beteiligung im betreffenden Geschäftsjahr als Gesamtpaket verkauft wurde und der T. AG die Fr. 72'363.-- im Gegen-

zug und ausschliesslich für die Hingabe des Aktienpaketes zugeflossen sind. Dieser Vorgang muss nach dem oben zu Art. 207a DBG Gesagten steuerrechtlich und namentlich für den Beteiligungsabzug einheitlich als Kapitalgewinn aus Beteiligungsveräusserung qualifiziert werden und kann weder teilweise noch ganz als Beteiligungsertrag behandelt werden. Auch handelsrechtlich hätte der gesamte Betrag richtigerweise als Kapitalgewinn verbucht werden müssen, auch wenn sich damit am Jahresergebnis nichts geändert hätte. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die beiden Tatbestände (Kapitalgewinn, Beteiligungsertrag) begrifflich eben nicht zusammenfallen und namentlich im Übergangsrecht (Art. 207a) zu Art. 69 ff. DBG ihre eigenständige Bedeutung behalten. Da die Hingabe der 100%-Beteiligung als Paket ausschliessliche causa für den Zufluss des Nettobetrages von insgesamt Fr. 72'363.-- war, muss dieser Betrag steuerrechtlich auch einheitlich als Kapitalgewinn qualifiziert werden und kann davon (bei der Berechnung des Beteiligungsabzuges) dann lediglich der Erlös für die Neubeteiligung (von Fr. 2'363.--) einem tatsächlich aus einer Beteiligung zugeflossenen Ertrag gleichgestellt werden.

2.4 Dass der Verkaufserlös von brutto Fr. 200'000.-- das nominelle Kapital (Fr. 160'000.--) um Fr. 40'000.-- überstieg (Eventualantrag), ändert nichts. Bei der Altbeteiligung (50% des gehandelten Mantels) muss nach Art. 207a Abs. 1 und 2 DBG die Differenz zwischen dem gesamten Verkaufserlös (Fr. 100'000.--, gegebenenfalls inklusive eines Erlöses aus Bezugsrechten) und den Gestehungskosten per 1997 (Fr. 30'000.--) als Kapitalgewinn bei der Berechnung des Nettoertrages und mithin der Ermässigung ausser Betracht fallen. Anhaltspunkte dafür, dass (wenigstens) der das nominelle Kapital übersteigende Teil des Verkaufserlöses (insgesamt Fr. 40'000.--) nicht als Kapitalgewinn, sondern als Ertrag zu betrachten sei, finden sich im Wortlaut von Art. 70 Abs. 4 und Art. 207a DBG genauso wenig. Auch diese Auslegung wäre mit Sinn und Zweck der Übergangsbestimmung nicht zu vereinbaren. Wie bereits erwähnt, soll mit der Übergangsbestimmung für Altbeteiligungen die steuerfolgenlose Abwanderung von Beteiligungsgesellschaften ins Ausland verhindert werden (vgl. *Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 4 zu Art. 207a; Duss/Altdorfer, a.a.O.*). Würden nun Teile des beim Verkauf einer Beteiligung erzielten Erlöses (soweit dieser das Nominalkapital übersteigt) nicht auch als Kapitalgewinne erfasst, so hätte dies bei einer Altbeteiligung zwar nicht immer, aber eben häufig auch die vom Gesetzgeber uner-

wünschte Folge, dass nämlich eine Verschiebung ins Ausland ohne Steuerfolgen möglich würde. Auch die von der Beschwerdeführerin eventualiter geltend gemachte Auslegung von Art. 207a DBG erweist sich als wortlaut- und normzweckwidrig. Damit steht fest, dass die Vorinstanz den Nettoerlös von Fr. 70'000.-- aus dem Verkauf der Altbeteiligung zu Recht als Kapitalgewinn qualifiziert und von der Berechnung des Beteiligungsabzuges ausgenommen hat.

3. Zu prüfen bleibt, ob dieses Ergebnis mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem daraus abgeleiteten Verbot des widersprüchlichen Verhaltens zu vereinbaren ist. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verleiht dieses Verbot dem Steuerpflichtigen einen gewissen Anspruch auf eine einheitliche und widerspruchsfrei Rechtsanwendung. Die Beschwerdeführerin sieht einen Widerspruch darin, dass die Steuerbehörde die Steuerfolgen des Mantelhandels auf der Ebene der übertragenen Mantelgesellschaft bejahe (Neueintritt in die Steuerpflicht), bei der veräussernden Gesellschaft aber geltend mache, es handle sich um einen Kapitalgewinn und nicht (wirtschaftlich betrachtet) um einen Liquidationserlös bzw. einen Ertrag aus der Beteiligung. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (*vgl. den Hinweis auf BGE 103 Ia 25 in: StE 1994, A 21.14, Nr. 11*) von einem mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden widersprüchlichen Verhalten dann gesprochen wird, wenn der Fiskus ein und denselben Sachverhalt einmal nach der äusseren rechtlichen Form und ein anderes Mal nach dem wirtschaftlichen Hintergrund beurteilt. Dass die kantonale Steuerbehörde den Verkauf der 100%-Beteiligung an der G. AG nicht durchwegs als Mantelhandel mit daraus erzieltm Kapitalgewinn, sondern in einem anderen Verfahren anders behandelt haben soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Soweit die Beschwerdeführerin aus diesem Verbot abzuleiten sucht, die Praxis zu Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG, wo der Mantelhandel aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Liquidation mit anschliessender Neugründung behandelt wird, müsse analog auch bei den juristischen Personen zur Anwendung gelangen, übersieht sie, dass kein widersprüchliches Verhalten vorliegt, wenn eine Behörde aufgrund einer unterschiedlichen gesetzlichen Grundlage (hier 207a DBG) und für einen anderen Kreis von Steuerpflichtigen (hier: juristische Personen) zu einer abweichenden Beurteilung des gleichen oder eines vergleichbaren Sachver-

haltes gelangt. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet, weshalb diese vollumfänglich abzuweisen ist.

VGer 16.02.2005

2252

Invalidenversicherung. Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen im Gefolge einer anhaltenden Arbeitslosigkeit.

Der Beschwerdeführer wurde ursprünglich als Stereotypieur ausgebildet. Als sein erlernter Beruf zufolge des technischen Wandels nicht mehr gefragt war, liess er sich zum Programmierer ausbilden und absolvierte eine Abendschule. Im Jahre 1992 verlor er aus wirtschaftlichen Gründen die Arbeitsstelle als Programmierer und ist seither arbeitslos. Ein erster IV-Antrag des Beschwerdeführers um Umschulung wurde 1998 letztinstanzlich vom EVG abgewiesen mit der Begründung, er sei trotz Handgelenkbeschwerden bei einer Tätigkeit im Bürobereich und insbesondere als Programmierer vollständig arbeitsfähig. Anfang 1999 meldete er sich unter Hinweis auf Schmerzen in beiden Handgelenken und beiden Ellbogen erneut bei der IV zum Leistungsbezug (Berufsberatung, Umschulung auf eine neue Tätigkeit, Wiedereinschulung in die bisherige Tätigkeit, Arbeitsvermittlung). Nach erneuten medizinischen Abklärungen gewährte die IV-Stelle im Jahre 2002 Berufsberatung und liess die beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten abklären. Nach Vermittlung eines sechsmonatigen Arbeitstrainings wurde ihm dort volle Arbeitsfähigkeit attestiert. Nachdem ein vermitteltes Anstellungsverhältnis nicht zustande gekommen war, verneinte die IV-Stelle einen Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen. Mit Beschwerde wird erneut um Umschulung, berufliche Weiterausbildung, Berufsberatung und Arbeitsvermittlung ersucht. Dass er die angebotene Stelle nicht bekommen habe, sei nicht sein Verschulden.

Aus den Erwägungen:

2. Als Invalidität gilt gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) in Verbindung mit Art. 8 des

Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) die durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit.

3. Da im vorliegenden Fall keine Invaliditätsrente beantragt ist, ist der Invaliditätsgrad nicht von Bedeutung. Das Vorliegen einer Invalidität ist jedoch im Zusammenhang mit den beantragten beruflichen Massnahmen zu prüfen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht beurteilte mit Entscheid vom 29. Januar 1998 den Beschwerdeführer für eine Tätigkeit im Bürobereich oder als Programmierer als vollständig arbeitsfähig. Nachdem der Beschwerdeführer der IV-Stelle mitgeteilt hatte, dass sein Gesundheitszustand sich verschlechtert habe, veranlasste diese umfassende medizinische Abklärungen. Im Gutachten der Schulthess Klinik vom 10. Februar 2000 wird eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit als Programmierer oder in ähnlicher Tätigkeit attestiert. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer zur Zeit seit acht Jahren arbeitslos ist, wird als berufstechnisches nicht als medizinisches Problem bezeichnet. Die multidisziplinäre Begutachtung der Klinik Valens vom 10. September 2002 ergab dieselbe Beurteilung der Arbeitsfähigkeit. Im psychiatrischen Gutachten von Dr. med. R. Meinecke vom 22. August 2002 wurde die Diagnose einer expansiv-paranoischen Persönlichkeit und eine chronifizierte psychogene Belastungsreaktion gestellt. Diese psychische Störung habe Krankheitswert, beeinträchtige die Arbeitsfähigkeit als Programmierer jedoch nicht. Infolge der langdauernden Arbeitsunfähigkeit werde eine Wiedereinstiegshilfe durch die IV als sinnvoll und notwendig betrachtet. Unter Einbezug dieser psychiatrischen Begutachtung wird im Gutachten der Klinik Valens festgehalten, dass aus psychischer und somatischer Sicht keine wesentlichen Einschränkungen für eine Arbeitstätigkeit bestünden. Der Beschwerdeführer bestritt insbesondere in der Replik, er sei voll arbeitsfähig. Er weist darauf hin, dass die Hände bei Arbeiten in Haus und Garten schmerzten und dass er bei insgesamt fünf diagnostizierten Krankheiten nicht voll arbeitsfähig sei. Abgesehen davon, dass, wie oben dargelegt, die Arbeitsfähigkeit medizinisch umfassend abgeklärt und bestätigt wurde, hat auch das sechsmonatige Arbeitstraining im Brüggli (Schlussbericht vom 9. Mai 2003) die volle Arbeitsfähigkeit bestätigt. Selbst der Beschwerdeführer lässt in seiner Beschwerdeschrift diese Einschätzung übernehmen: „Der Be-

schwerdeführer hat im Brüggl bewiesen, dass er arbeiten kann und will.“ Der Hinweis des Beschwerdeführers, dass die Hände bei schweren Arbeiten schmerzten, ist nicht relevant, da die Arbeitsfähigkeit als Programmierer bzw. für Büroarbeiten beurteilt werden muss. Weiter ist nicht die Anzahl der diagnostizierten Krankheiten sondern deren Auswirkung auf die Erwerbsfähigkeit von Bedeutung. Dieser Zusammenhang wurde medizinisch abgeklärt. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit und damit eine Invalidität liegt demnach nicht vor.

4. Der Beschwerdeführer beantragte im Rahmen der beruflichen Massnahmen Umschulung oder berufliche Weiterbildung, Berufsberatung und Arbeitsvermittlung. Auf Umschulung auf eine neue Erwerbstätigkeit gemäss Art. 17 Abs. 1 IVG hat der Versicherte Anspruch, wenn die Umschulung infolge Invalidität notwendig ist und dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Praxisgemäss ist ein Invaliditätsgrad von 20% Voraussetzung für den Anspruch auf Umschulung (*Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 1997, S. 125, AHI 2000 S. 62*). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, so dass kein Anspruch auf Umschulung besteht.

Anspruch auf die ebenfalls beantragte berufliche Weiterbildung gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. c IVG besteht, wenn dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Bei der Weiterbildung muss es sich jedoch um die Fortsetzung oder Vervollkommnung einer erstmaligen Berufsbildung handeln. Eine Berufsschulung, die auf ein wesentlich anderes Endziel als die ursprüngliche Ausbildung gerichtet ist, ist keine Weiterausbildung, sondern eine Umschulung (*Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, a.a.O., S. 121*). Der Beschwerdeführer ist gelernter Stereotypur. Nachdem es diesen Beruf nicht mehr gibt, ist keine Weiterbildung möglich. Anspruch auf eine Umschulung besteht aus oben erwähnten Gründen nicht.

Als weitere berufliche Massnahme wurde Berufsberatung beantragt. Gemäss Art. 15 IVG besteht ein Anspruch auf Berufsberatung, wenn der Versicherte infolge Invalidität in der Berufswahl oder in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit behindert ist. Wegen fehlender Invalidität besteht kein Anspruch auf Berufsberatung. Dennoch hat die IV-Stelle aufgrund des psychiatrischen Gutachtens, wonach eine psychische Störung mit eindeutigen Krankheitswert vorliege, mit Verfügung vom 25. September 2002 Berufsberatung und Abklärung der

beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten durch die Berufsberatung zugesprochen. Im Rahmen dieser Eingliederungsmöglichkeiten wurde die Abklärung im Brüggli in Romanshorn und das anschliessende sechsmonatige Arbeitstraining veranlasst. Schliesslich wurde ein Praktikumsplatz mit einer möglichen späteren Fixanstellung vermittelt. Damit hat die IV-Stelle auch die vom Beschwerdeführer beantragte Arbeitsvermittlung gemäss Art. 18 Abs. 1 IVG geleistet. Dass sowohl das Praktikum wie auch die in Aussicht gestellte Fixanstellung nicht realisiert werden konnten, ist gemäss Bericht des Berufsberaters vom 3. Oktober 2003 auf die negative Grundeinstellung des Beschwerdeführers, also auf behinderungsfremde Gründe zurückzuführen. Die Chance auf eine Eingliederung in die freie Marktwirtschaft hat der Beschwerdeführer durch seine negative Haltung verunmöglicht, was auch im Schlussbericht des Brüggli vom 28. Oktober 2003 bestätigt wird. Aufgrund der vorliegenden Akten muss davon ausgegangen werden, dass sich die Haltung des Beschwerdeführers in Bezug auf seine berufliche Eingliederung nicht grundlegend geändert hat. Ein Anspruch auf Eingliederung gemäss Art. 8 IVG besteht jedoch nur, wenn nebst der objektiven auch die subjektive Eingliederungsfähigkeit, somit die Eingliederungsbereitschaft gegeben ist (ZAK 1991 178). Der Vorwurf des Beschwerdeführers, anderen Personen in ähnlichem Alter werde eine Umschulung auf Kosten der Invalidenversicherung gewährt, muss hier nicht geprüft werden. Zu prüfen sind die Voraussetzungen im vorliegenden Fall. Die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes ist, wie die IV-Stelle richtigerweise feststellte, Aufgabe der Aufsichtsbehörde.

5. Zusammenfassend wird festgehalten, dass beim Beschwerdeführer keine Invalidität besteht und der Anspruch auf berufliche Massnahmen und damit auch auf Ausrichtung von Taggeldern nicht gegeben ist. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

VGer 22.06.2005

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG) am 26. Januar 2006 abgewiesen worden (I 662/05). Es hielt u.a. fest, dass sich der Beschwerdeführer seit Jahren erfolglos um einen Wiedereinstieg in das Berufsleben bemühe, sei nicht, wie er selber anerkenne, auf die gesundheitlichen Probleme zurückzuführen, sondern darauf, dass er mit zunehmendem Zeitablauf nicht mehr über die nötigen Kenntnisse

im sich rasch entwickelnden Softwarebereich verfüge und zwar die Abendhandelsschule mit sehr gutem Erfolg abschloss, jedoch nie praktisch im Bürobereich tätig gewesen sei. Weder die aufgrund des technischen Fortschritts entstandene noch die konjunkturbedingte Unmöglichkeit, eine geeignete Arbeitsstelle zu finden, könne jedoch eine Leistungspflicht der Invalidenversicherung auslösen.

2253

Kinderzulagen. Zuständigkeit, Aufklärungspflicht der Ausgleichskasse (Art. 21 Abs. 1^{bis} KZG, Art. 47 Abs. 1 lit. a VRPG, Art. 27 ATSG)

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 18 des Gesetzes über die Kinderzulagen (KZG, bGS 822.41) führt der Kanton Appenzell A.Rh. eine kantonale Familienausgleichskasse. Diese ist der Ausgleichskasse des Kantons Appenzell A.Rh. angegliedert. Gegen Verfügungen der Familienausgleichskasse kann innert 30 Tagen schriftlich Einsprache erhoben werden (Art. 21 Abs. 1 KZG). Die Bestimmungen der Bundesgesetzgebung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) zum Einspracheverfahren sind sinngemäss anwendbar (Art. 21 Abs. 1^{bis} KZG). Einspracheentscheide können nach Art. 21 Abs. 3 KZG mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

Die funktionelle Zuständigkeit des Einzelrichters des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus Art. 47 Abs. 1 lit. a VRPG, wonach der Einzelrichter über Geldforderungen bis Fr. 8'000.-- entscheidet. Im vorliegenden Falle ist die Ausrichtung einer monatlichen Kinderzulage von Fr. 170.-- für den Zeitraum zwischen Juli 2000 und Dezember 2002 umstritten. Das sind 30 Monate à Fr. 170.--, somit Fr. 5'100.--.

2. Nach Art. 12 KZG können nicht bezogene Zulagen für die letzten zwei Jahre vor der Geltendmachung des Anspruches nachgefordert werden. Y. hat sich am 24. Januar 2005 zum Bezuge der Kinderzulage für seinen Sohn angemeldet. Die Ausgleichskasse hat ihm in der Folge unter Beachtung der Zweijahresfrist gemäss Art. 12 KZG die Kinderzulage mit Wirkung ab 1. Januar 2003 zugesprochen. Der Beschwerdeführer anerkennt, dass die angefochtene Verfügung vom

10. Februar 2005 in objektiver Hinsicht der Bezugsbeschränkung von Art. 12 KZG entspricht. Er ist aber der Ansicht, dass die Anwendung von Art. 12 KZG in seinem Falle nicht korrekt sei.

a) Zur Begründung seiner Ansicht, wonach Art. 12 KZG vorliegend nicht zur Anwendung gelangen könne, machte Y. im Wesentlichen geltend, dass er bis zu seinem Zuzug nach Herisau im Jahre 1995 im Kanton Zürich wohnhaft und auch dort selbständigerwerbend gewesen sei. Selbständigerwerbende hätten im Kanton Zürich kein Anrecht auf Kinderzulagen. Als er sich im August 1995 bei der Ausgleichskasse des Kantons Appenzell A.Rh. angemeldet habe, sei er nicht darauf aufmerksam gemacht worden, dass hier eine andere Regelung gelte. Im Schreiben vom 11. August 1995 habe die Ausgleichskasse zwar mitgeteilt, dass nebst den AHV-Beiträgen auch ein Beitrag an die Familienausgleichskasse zu entrichten sei und andererseits gegebenenfalls Anspruch auf Kinder- und Ausbildungszulagen bestehe. In dieser unglücklichen Formulierung sei aber suggeriert worden, ein nicht vorhandenes Arbeitnehmerverhältnis sei Voraussetzung dazu. Es sei unter Fachleuten, zu denen er sich nicht zähle, hinlänglich bekannt, dass es ein Riesenchaos im Bereiche der schweizerischen/kantonalen Sozialversicherungen gebe. Einerseits seien die Zuständigkeiten nicht klar geregelt und andererseits habe jeder Kanton seine eigenen Gesetze. Da es sich bei der Kinderzulage um einen Sozialbeitrag handle, dürfe ein bezugsberechtigter Bürger keinen Nachteil erleiden wegen einer zweideutigen Darstellung eines Sachverhalts durch eine Amtsstelle. Als Laie habe er im vorliegenden Falle unmöglich zwischen der AHV als schweizerischem und der Familienzulage als kantonalem Instrument unterscheiden können. Aufgrund dieser von der Ausgleichskasse selber verursachten Verwirrung habe er keine Ursache gehabt zu glauben, dass die Kinderzulage anders geregelt sei als anderswo, zum Beispiel im Kanton Zürich. Die Ausgleichskasse hätte offensichtlich die Pflicht gehabt, Informationen an ihre „Mitglieder“ herausgegeben. Diese Informationspflicht habe sie verletzt, indem sie ihn nicht auf die Möglichkeit zum Bezuge der Kinderzulage aufmerksam gemacht habe, weshalb Art. 12 KZG in seinem Falle nicht angewendet werden dürfe.

b) Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung vom 21. Juni 2005 und insbesondere anlässlich der Verhandlung vom 13. September 2005 im Wesentlichen aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb der Beschwerdeführer nicht auf die Idee hätte

kommen können, dass ihm ein Anspruch auf eine Kinderzulagen zustehe. Im Schreiben vom 11. August 1995 habe die Kasse einen solchen Anspruch ausdrücklich erwähnt. Herr Y. sei nicht der typische „einfache Bürger“. Er habe eine amerikanische akademische Ausbildung und sei selbständiger Unternehmer. Wenn er Zweifel über die Anspruchsberechtigung gehabt hätte, hätte ein einfacher Telefonanruf bei der Ausgleichskasse innert weniger Minuten Klarheit über seine Rechte schaffen können. Der Sinn von Art. 12 KZG bestehe darin, dass die Leistungen der Familienausgleichskasse berechenbar bleiben müssten. Die Bestimmung diene deshalb primär der Rechtssicherheit. Es könne von der Ausgleichskasse nicht im Ernst erwartet werden, dass sie jeden potentiell Berechtigten unaufgefordert über seine allfälligen Rechte informiere. Der Beschwerdeführer müsse sich sein Versäumnis im vorliegenden Falle selbst anlasten. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, wie dies in der Beschwerde sinngemäss zum Ausdruck gebracht werde, liege offensichtlich nicht vor.

3. Der Beschwerdeführer rügt, dass er von der Ausgleichskasse nicht ausreichend über die im Kanton Appenzell A.Rh. geltende und sich offenbar vom Kanton Zürich unterscheidende Rechtslage im Zusammenhang mit den Kinderzulagen orientiert worden sei und sich deshalb verspätet zum Bezüge der Kinderzulage angemeldet habe. Das Bedürfnis der Versicherten nach Orientierung durch die Sozialversicherung ist wegen der Komplexität des Rechtsgebietes und der oft rasch erfolgenden Änderungen des geltenden Rechtes offensichtlich. Diesem Gedanken wird neuerdings mit der allgemeinen Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) auf Gesetzesstufe Rechnung getragen, was dazu führt, dass mit den Inkrafttreten des ATSG der Vertrauensschutz bei unrichtiger Beratung eine besonders grosse Bedeutung erhalten hat (*Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, § 4, Rz. 23*). Das ATSG gilt zwar nicht für kantonales Sozialversicherungsrecht. Der hiesige Gesetzgeber hat es indessen in Art. 22 KZG als ergänzendes (kantonales) Recht bezeichnet. Nach Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat sodann Anspruch auf grundsätzlich

unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Abs. 2). Der Begriff der Aufklärung in Abs. 1 betrifft die allgemeine Information, während mit der Beratung in Abs. 2 die einzelfallweise Information umschrieben wird (*Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 27 N. 2*). Aufklärung ist die dauernde und allgemeine Orientierung über mögliche Rechte und Pflichten. Sie erfolgt mit Informationsbroschüren, Merkblättern, Inseraten oder durch Internetauftritte. Die Beratungstätigkeit ist, bezogen auf den Einzelfall, Information über konkrete Rechte und Pflichten. Sie setzt im Einzelfall eine Anfrage voraus, d.h. sie erfolgt im Gegensatz zur Aufklärung nicht von Amtes wegen. Wird die Beratungspflicht nicht oder ungenügend wahrgenommen, kommt dies einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, und es hat dafür der Versicherungsträger in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (*Ueli Kieser, a.a.O., Art. 27 Rz. 17*).

a) Nachdem der Beschwerdeführer sich anerkanntermassen nie bei der Ausgleichskasse über seine Anspruchsberechtigung zum Bezüge der Kinderzulagen erkundigt hat, hat er auf die ihm zustehende Beratung verzichtet. Eine Verletzung der Auskunftspflicht und damit eine Verletzung des Vertrauensprinzips durch die Ausgleichskasse ist daher ausgeschlossen.

b) Zu prüfen bleibt eine allfällige Verletzung der allgemeinen Aufklärungspflicht durch die Vorinstanz. Art. 27 Abs. 1 ATSG bezieht die Informationspflicht auf die Rechte und Pflichten der interessierten Personen. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass der Umfang dieser Pflicht weit gefasst ist. Was die Tiefe der Aufklärung betrifft, muss sichergestellt sein, dass die interessierten Personen durch sie in die Lage versetzt werden, die für sie im konkreten Fall in Betracht fallenden Schritte einzuleiten. Dies bedeutet insbesondere, dass die Aufklärung die Voraussetzungen der Unterstellung unter das betreffende Sozialversicherungssystem zu betreffen, die Grundsätze der Beitragserhebung darzulegen und die Voraussetzungen für den Leistungsbezug aufzuzeigen hat (*Ueli Kieser, a.a.O., Art. 27 Rz 9*).

Ihrer Aufklärungspflicht kommt die Ausgleichskasse regelmässig durch Publikationen und individuelle Informationen nach. Neue Versicherte werden individuell orientiert. Die Orientierung des Beschwerdeführers erfolgte am 11. August 1995. Im Orientierungsschreiben wur-

de dem Beschwerdeführer der Anschluss an die Ausgleichskasse des Kantons Appenzell A.Rh. bestätigt und es wurde ihm unter anderem mitgeteilt, dass er zusätzlich zu den AHV/IV/EO-Beiträgen einen Beitrag an die kantonale Familienausgleichskasse zu entrichten habe. Nebst der Beitragspflicht an die FAK wurde Y. auch korrekt auf einen allfälligen Anspruch auf Kinder- und Ausbildungszulagen aufmerksam gemacht. Die „Allfälligkeit“ des Anspruches auf Kinderzulagen bezog sich dabei offensichtlich darauf, ob der Versicherte Kinder hat oder nicht, da die Ausgleichskasse nicht von Amtes wegen abzuklären hat, ob die ihr angeschlossenen Versicherten Anspruch auf Kinderzulagen haben. Mit ihrem Schreiben vom 11. August 1995 hat die Vorinstanz ihre Aufklärungspflicht bereits nach den Standards von Art. 27 Abs. 1 ATSG/Art. 22 KZG erfüllt, obwohl diese Regeln damals noch keine Geltung hatten und erst auf den 1. Januar 2003 in Kraft getreten sind.

c) Was Y. in seiner Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vorbringt, ist nicht stichhaltig. Es trifft insbesondere nicht zu, dass die Vorinstanz aufgrund ihres Briefkopfes Verwirrung gestiftet hätte. Am 11. August 1995 hat sie den Beschwerdeführer als kantonale Institution auf die zusätzlichen FAK-Beiträge sowie auf einen allfälligen Anspruch auf Kinder- und Ausbildungszulagen aufmerksam gemacht. Sodann hat es nichts mit der Aufklärungspflicht der Vorinstanz zu tun, wenn der Beschwerdeführer ausführt, dass es ihm als Laien unmöglich sei, zwischen der AHV als schweizerischem und der Familienausgleichskasse als kantonalem „Instrument“ zu unterscheiden und es die Ausgleichskasse bis zum heutigen Tag versäumt habe, ihm als neu zugezogenem Versicherten zu erklären, was ihre Tätigkeit umfasse. Der Beschwerdeführer war vor seinem Zuzug in den Kanton Appenzell A.Rh. bereits im Kanton Zürich als Selbständigerwerbender tätig. Er wusste daher, wie er übrigens selbst unter lit. A der Beschwerdeschrift ausführt, dass gegebenenfalls ein Unterschied in der Anspruchsberechtigung von unselbständig und selbständig Erwerbenden besteht. Nach seinem Zuzug wurde er von der Vorinstanz auf eine allfällige Anspruchsberechtigung für Kinderzulagen hingewiesen (falls er Kinder haben sollte).

4. Nach Art. 24 der Verordnung zum Gesetz über die Kinderzulagen (KZV, bGS 822.411) haben Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende, die Anspruch auf Zulagen erheben, ein Anmeldeformular einzureichen. Auch auf diese Pflicht ist der Beschwerdeführer am 11. August 1995 ausdrücklich aufmerksam gemacht worden. Es ist

der Vorinstanz zuzustimmen, dass es nicht ihre Aufgabe sein kann, bei jedem Versicherten nachzuforschen, ob er Kinder und daher einen allfälligen Anspruch auf Kinderzulagen haben könnte. Die Aufklärungspflicht der Vorinstanz war mit der Unterstellung unter die Versicherungspflicht für Kinderzulagen, dem Hinweis auf entsprechende Beitragspflicht sowie allfällige Anspruchsberechtigung (falls der Versicherte Kinder hat) erfüllt. Anschliessend war es Sache des Versicherten, sich rechtzeitig um die Ausrichtung der Kinderzulage zu kümmern. Dass der Beschwerdeführer irrtümlich annahm, er habe als Selbständigerwerbender auch im Kantons Appenzell A.Rh. keinen Anspruch auf Kinderzulagen, kann angesichts der Mitteilung der Ausgleichskasse vom 11. August 1995 nicht der Kasse angelastet werden. Sie ist ihrer Aufklärungspflicht mit der Mitteilung vom 11. August 1995 nachgekommen und eine spezielle Beratungspflicht bestand mangels entsprechender Anfrage durch den Beschwerdeführer nicht.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Art. 12 KZG durch die Vorinstanz korrekt angewendet und dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Anmeldung vom 24. Januar 2005 ebenfalls korrekt eine Kinderzulage mit Wirkung ab 1. Januar 2003 zugesprochen worden ist. Die Beschwerde von Y. ist daher abzuweisen.

VGP 13.09.2005

2254

Baureife. Anforderungen an eine für die vorgesehene Nutzung hinreichende, rechtlich gesicherte Zufahrt (Art. 95 Abs. 3 des Baugesetzes, BauG, bGS 721.1).

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, das Baugrundstück sei für die geplanten drei Mehrfamilienhäuser, das Doppel-EFH und die zwei Tiefgaragen über die bestehende, teils nur einspurig befahrbare Egglistrasse weder tatsächlich noch rechtlich hinreichend erschlossen.

Aus den Erwägungen:

2. Baubewilligungen dürfen - als Grundsatz des Bundesrechts - nur erteilt werden, wenn das Baugrundstück erschlossen ist (Art. 22

Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Nach Art. 19 Abs. 1 RPG ist Land erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Erschlossen ist ein Grundstück nicht schon, wenn die erforderlichen Erschliessungspläne rechtskräftig vorliegen, sondern erst, wenn die Erschliessungsanlagen erstellt sind (*Alexander Ruch, Kommentar RPG, Zürich 1999, N 83 zu Art. 22 RPG*) oder eine hinreichende Erschliessung zumindest sichergestellt ist (*vgl. Urteil BGer 1P.291/2001 vom 5.11.2001, E. 2a/bb, mit Hinweisen*). Da das Bundesrecht an die jeweilige Nutzung anknüpft und von den dafür nötigen Erschliessungsanlagen spricht, sind die Anforderungen je nach Nutzungszone unterschiedlich. Das Bundesrecht enthält nur allgemeine Grundsätze, während sich die Anforderungen an die Erschliessung im Einzelnen erst aus dem kantonalen Recht ergeben (*BGE 123 II 337 E. 5.b*).

Nach Art. 95 Abs. 3 des kantonalen BauG gilt ein Grundstück als erschlossen, wenn die folgenden Erschliessungsanlagen bestehen oder gleichzeitig mit dem Neubau erstellt werden:

- „a) eine für die vorgesehene Nutzung hinreichende, rechtlich gesicherte, auch den Bestimmungen über die Staatsstrassen genügende Zufahrt, falls notwendig mit Abstellplätzen für Motorfahrzeuge;*
- b) ein gut begehbarer, direkter Zugang sowie*
- c) die erforderlichen Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen (vorhanden bzw. so nahe heranzuführend, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist).“*

Zur vorliegend umstrittenen hinreichenden Zufahrt gehört vorab das Verbindungsstück von der öffentlich zugänglichen Strasse zum Baugrundstück (*BGE 121 I 69 mit Hinweisen*). Anders als die grundstücksinterne Erschliessung ("Hausanschlüsse") muss das Verbindungsstück ab der öffentlichen Strasse zum Baugrundstück nach Bundesrecht bereits erstellt sein oder bestehen, bevor das Baugrundstück als erschlossen gelten und ein Neubau bewilligt und erstellt werden kann (*vgl. Ruch, a.a.O., N83 und Anm.167 zu Art. 22 RPG*). Eine Zufahrt ist dann als hinreichend zu bezeichnen, wenn sie *tatsächlich* so beschaffen ist, dass sie bau- und verkehrstechnisch der bestehenden und der geplanten Überbauung genügt, den zu erwartenden Fahrzeugen und Fussgängern sicheren Weg bietet und von

den öffentlichen Diensten (wie namentlich Feuerwehr, Sanität, Kehrichtabfuhr und Schneeräumung) ungehindert benutzt werden kann (*B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, 152ff.*). Dabei muss sich die Zufahrt nach den zonengerechten Baumöglichkeiten jener Fläche richten, die sie erschliessen soll (*BGE 121 I 68*). Soweit dabei der Ausbaustandart von Strassen zu beurteilen ist, sind hiefür in der Regel die Normen der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS-Normen) heranzuziehen; dies sieht Art. 14 des Strassenreglementes der Gemeinde T. auch ausdrücklich vor (StrR, vom 20. Juli 1993). Die VSS-Normen dürfen indessen nicht allzu schematisch und starr gehandhabt werden (vgl. *ZBI 89/1988 S. 169*).

Namentlich soweit eine Zufahrt über fremdes Grundeigentum führt, muss diese *auch rechtlich gesichert sein* (Art. 95 Abs. 3 lit. a BauG). Dies kann nicht allein durch Eigentum am Wegareal, sondern auch durch ein entsprechendes dingliches Recht erreicht werden (vgl. *LGVE 1998 II Nr. 10 mit Hinweisen*). Art. 15 Abs. 3 des kommunalen StrR verlangt in diesem Sinn ausdrücklich, dass insbesondere die Benützung von Ausweichstellen auf privatem Grund grundbuchamtlich sicherzustellen sei. Genügt eine bereits vorhandene Zufahrtsstrasse für die zusätzlich vorgesehene Nutzung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht, ist die Baubewilligung zu verweigern (vgl. *LGVE a.a.O. mit Hinweis auf BGE 116 Ib 166*).

2.1 Werden diese Grundsätze auf die bestehende Egglistrasse mitsamt der auf Parzelle Nr. 1292 bewilligten Ausweichstelle und der baugrundstücksinternen Erschliessung angewendet, so ergibt sich Folgendes: In tatsächlicher Hinsicht kann gestützt auf die Baueingabepläne sowie den Augenschein festgestellt werden, dass die bestehende Egglistrasse ab dem westlichen Bahnübergang zunächst zweispurig befahren werden kann. Spätestens ab dem Engris bei Parzelle Nr. 309 (westliche Hausecke) kann die Strasse mit Motorfahrzeugen nur noch einspurig befahren werden. Die Vorinstanz hat zutreffend festgestellt, dass die Egglistrasse der Erschliessung von insgesamt rund 30 Grundstücken dient, welche mit Ausnahme der beiden Grundstücke Nr. 303/304 entweder ganz oder zumindest teilweise mit Wohnbauten (zumeist EFH) überbaut sind. Diese Eigentümer haben sich als Anstösser alle in der Strassenkorporation Oberes Eggli zusammengeschlossen und sich gegenseitig das Fahr- und Fusswegrecht an der nicht ausparzellierten Egglistrasse eingeräumt. Die Vor-

instanz ist gestützt auf den kommunalen Richtplan davon ausgegangen, dass die Egglistrasse vorgängig der Realisierung grösserer Bauvorhaben im Bereich ab dem nur noch einspurig befahrbaren Engnis bis zur Bauparzelle Nr. 304 eines partiellen Ausbaus durch eine Ausweichstelle bedarf. Der bei winterlichen Verhältnissen durchgeführte Augenschein hat bestätigt, dass die bereits rechtskräftig bewilligte, aber zurzeit noch nicht fertiggestellte Ausweichstelle zur hinreichenden Erschliessung des Baugrundstückes zwingend erforderlich ist. Denn mit den Bauvorhaben auf Parzelle Nr. 304 (drei MFH und ein Doppel-EFH) wird sich die Zahl der Wohneinheiten im Quartier von zurzeit rund 30 auf insgesamt über 50 erhöhen. Dazu kommt, dass der nebst dem bisher üblichen Quartierverkehr zu erwartende Bauverkehr (mit Lastwagen) ohne Kreuzungsmöglichkeit auf der bewilligten Ausweichstelle kaum abgewickelt werden kann. Nach den vom kommunalen StrR als anwendbar erklärten VSS-Normen bedarf es zur Erschliessung eines Quartiers ab etwa 30 bis etwa 150 Wohneinheiten einer Zufahrt vom Typus "Zufahrtsstrasse" (VSS-Norm 640 045, S.3f., Ziff. 8/Tab.1). Eine solche Zufahrtsstrasse kann demnach mit zwei oder aber auch nur mit einem Fahrstreifen ausgestattet werden. Der Typus Zufahrtsstrasse ist in der Regel nicht durchgehend befahrbar, aber auch in seiner einspurigen Variante ist er auf den Grundbegegnungsfall "Personenwagen/Personenwagen bei stark reduzierter Geschwindigkeit" hin zu dimensionieren (vgl. VSS-Norm, a.a.O., Tab.1, mittlere Spalte). Diesem Begegnungsfall wurde im Bereich des ab dem Engnis bis zum Baugrundstück nur einspurig befahrbaren Teils der Egglistrasse mit der auf Parzelle 1292 bewilligten Ausweichstelle sachgerecht und hinreichend Rechnung getragen. Nach der eigenen und der Rechtssprechung anderer Kantone (vgl. *Urteil VGer AR vom 2.9.1998 i.S. H.F. AG, E. 3; GVP SG 1988, Nr. 97, E. 2.b*) ist nämlich nicht unbedingt erforderlich, dass Kreuzungsmanöver zwischen Motorfahrzeugen auf der ganzen Länge einer Erschliessungsstrasse möglich sind. Namentlich in Wohngebieten, bei denen eine relativ kurze Strasse vorab quartiereigenen Verkehr aufzunehmen hat, kann eine einzige, zweckmässig angeordnete Kreuzungsstelle genügen. Diesen Anforderungen genügt die auf Parzelle Nr. 1292 bewilligte Ausweichstelle, wird doch dort die Fahrbahn auf einer Länge von wenigstens 10m auf mindestens 5.11m erweitert. Weil zusätzlich längs der bergseitigen Stützmauer eine lichte Weite von 0.5m vorgesehen ist, wird diese Ausweichstelle nicht nur das

Kreuzen von Personenwagen, sondern in der Bauphase auch das Kreuzen von Lastwagen ermöglichen. Unter der Bedingung, dass die im Rahmen einer verlängerten Baubewilligung begonnene Ausweichstelle in Kürze bewilligungskonform fertiggestellt sein wird, wurde die Erschliessung des Baugrundstückes über die so ausgebaute Egglistrasse von den Vorinstanzen zu Recht als hinreichend beurteilt. Daran ändert das Engnis bei der westlichen Hausecke der Beschwerdeführerin nichts. Am Augenschein hat sich gezeigt, dass diese engste Stelle zurzeit eine lichte Breite von 3.50m aufweist und dass sich der Lichtraum zur östlichen Hausecke hin rasch weiter öffnet, weil das Gebäude schräg zur Strasse steht. Die Fahrbahnbreite wird sich zwar bei der westlichen Hausecke noch um den Durchmesser des Granitsteines verengen (um rund 40cm), wenn dieser zurzeit auf Parzelle 309 stehende, sich nach oben verjüngende Stein gemäss einer mit der Beschwerdeführerin getroffenen Vereinbarung an den Fahrbahnrand gestellt wird. Diesbezüglich zeigte sich, dass der ostwärts bis zur Ausweichstelle ohnehin nur einspurig befahrbare Fahrstreifen so oder anders mit einem Personenwagen (bis 1.80m breit) und selbst mit einem bis zu 2.5m breiten Lastwagen befahrbar ist und dies auch mit dem Schutzstein bleiben wird. Die Beschwerdeführerin scheint zu übersehen, dass die in der VSS-Norm 640 201 ausgewiesenen minimalen Lichtraumprofile geschwindigkeitsabhängig sind. Da die Egglistrasse schon im Hinblick auf den Bahnübergang und den Wohncharakter des Quartiers nur mit geringer Geschwindigkeit befahren werden kann, genügt im Bereich der westlichen Hausecke für Personenwagen und selbst für Lastwagen ein Lichtraumprofil, das nur wenig mehr als die maximale Fahrzeugbreite von 1.8m bzw. 2.5m beansprucht. Dabei ist namentlich für Lastwagen zu berücksichtigen, dass der Lichtraum über dem maximal 60cm hohen Schutzstein (bis zur Hausecke) für Aussenspiegel und dergleichen jedenfalls zur Verfügung bleibt (vgl. VSS-Norm 640 201, Tab.5 und Abb.4). Die Rüge der Beschwerdeführerin, das Baugrundstück sei nicht hinreichend erschlossen, erweist sich in tatsächlicher Hinsicht gemessen an der als massgeblich erkannten VSS-Norm als unbegründet.

2.2 Zu prüfen bleibt, ob die Erschliessung des Baugrundstücks über die Egglistrasse und die als erforderlich erkannte Ausweichstelle auch *in rechtlicher* Hinsicht hinreichend gesichert ist.

3. Bei der Strassenkorporation Oberes Eggli handelt es sich nach den Akten nicht um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, da die

dazu erforderliche Genehmigung der Statuten weder bezüglich der Statuten von 1955 noch bezüglich derjenigen vom 28. November 2002 aktenkundig ist (vgl. Art. 170 EG zum ZGB, bGS 211.1, sowie C. Merz, *Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Kanton Appenzel A.Rh., Zürich 1976*, S. 222). Die Strassenkorporation ist deshalb den Bestimmungen über die privatrechtlichen Körperschaften unterstellt (Art. 34 EG zum ZGB) und als solche nicht zur Enteignung befugt (vgl. Art. 176 EG zum ZGB). Muss die Korporationsstrasse und insbesondere die Ausweichstelle über fremdes Eigentum geführt werden, sind deshalb die Mitglieder der privaten Korporation Oberes Eggli darauf angewiesen, dass ihnen der betreffende Boden freihändig entweder zu Eigentum oder zumindest kraft einer Fahr- und Fusswegdienstbarkeit zur Verfügung gestellt wird.

3.1 Weil die Fahrbahn der Egglistrasse nicht abparzelliert wurde, ist für deren dingliche Sicherung eine im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit unabdingbar. Eine Erklärung der in Anspruch genommenen Grundeigentümer, das sie die betreffende Strasse (oder Ausweichstelle) dulden (z.B. durch ihre Unterschrift auf dem Baugesuch) genügt nicht, hat eine solche doch gegebenenfalls rein obligatorische Wirkung und deren Rechtsnachfolger sind nicht daran gebunden (vgl. GVP SG 1988, Nr. 97, E. 2.c). Desgleichen werden auch die Rechtsnachfolger der jeweils durch eine bloss obligatorische Erklärung begünstigten Benutzer der Strasse dadurch nicht berechtigt, selbst wenn sie zwingend auf die betreffende Zufahrt angewiesen sind. Für den vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Mitglieder der Strassenkorporation Oberes Eggli sich gemäss den Statuten vom 30. November 2002 gegenseitig das Fahr- und Fusswegrecht auf der Egglistrasse eingeräumt haben und dass dieses auf den zur Korporation gehörenden Grundstücken im Grundbuch angemerkt wurde. Weil eine privatrechtliche Korporation weder eine Zwangsmitgliedschaft noch eine Genehmigungspflicht bei ihrer Auflösung kennt (vgl. Art. 171 EG zum ZGB; Merz, *a.a.O.*, 222ff., sowie *Bericht und Antrag zum totalrevidierten EG zum ZGB an den Kantonsrat, vom 2.1.1968*, S. 10), ist für die Mitglieder der Korporation Oberes Eggli letztlich das im Grundbuch eingetragene, auf der Egglistrasse lastende öffentliche Fuss- und Fahrwegrecht entscheidend. Soweit es vorliegend um die Benutzung des bestehenden Strassentrassees geht, ist diese Gemeindedienstbarkeit zur rechtlichen Sicherung jedenfalls genügend (vgl. Art. 164 EG zum ZGB).

3.2 Ungenügend ist indessen nach wie vor die rechtliche Sicherung der durch die geplante Überbauung mit rund 20 Wohneinheiten zusätzlich notwendig gewordenen Ausweichstelle auf Parzelle Nr. 1292. Bereits während des Schriftenwechsels wurden die Vorinstanzen und die Beschwerdegegner ausdrücklich auf diesen Mangel hingewiesen und aufgefordert, innert einer Nachfrist entweder den bislang nicht aktenkundigen Erwerb der dafür notwendigen dinglichen Rechte zu bescheinigen oder sich dazu vernehmen zu lassen. Die Beschwerdegegner liessen daraufhin innert Frist einzig den Dienstbarkeitsvertrag vom 1. Februar 2002 ins Recht legen, der zwischen der Grundeigentümerin der belasteten Parzelle 1292 und ihnen als Miteigentümer des Baugrundstückes (Nr. 304) geschlossen wurde. Die Beschwerdegegner führten dazu aus, die Eintragung der vereinbarten Grunddienstbarkeit im Grundbuch sei bisher unterblieben, da Übungsgemäss solche Dienstbarkeiten erst im Grundbuch eingetragen würden, wenn sie tatsächlich benötigt und die entsprechende Vorrichtung auch erstellt sei. Die Miteigentümer hätten nun aber mittels Anmeldungserklärung den entsprechenden Grundbucheintrag veranlasst. Die per 9. Dezember 2004 erfolgte Grundbuchanmeldung wurde mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 nachgereicht und dazu wurde geltend gemacht, die Dienstbarkeit sei gleichentags eingetragen worden. Im Dienstbarkeitsvertrag vom 1. Februar 2002 und in der Grundbuchanmeldung vom 9. Dezember 2004 ist die vereinbarte Grunddienstbarkeit umschrieben als Benützungsberechtigung für Ausweichstelle, "zu Lasten Nr. 1292, zu Gunsten Nr. 304"; weitere Begünstigte wurden nicht vorgesehen. Da es sich hierbei auch nicht etwa um eine Gemeindedienstbarkeit handelt (vgl. Art. 164 EG zum ZGB), können die übrigen Anstösser und Mitglieder der privaten Strassenkorporation Oberes Eggli daraus für sich und ihre Rechtsnachfolger keinerlei Rechte an der Ausweichstelle ableiten, obwohl sie im Bereich der nur einspurig befahrbaren Egglistrasse infolge des zu erwartenden Mehrverkehrs aus den geplanten 20 Wohneinheiten künftig genauso wie die Eigentümer des Baugrundstückes (304) auf die Benutzung der Ausweichstelle angewiesen sind. (...) Da eine dingliche Berechtigung der übrigen Anstösser und Mitglieder der Strassenkorporation an der Ausweichstelle somit innert der eigens dafür angesetzten Nachfrist nicht ausgewiesen wurde, steht fest, dass für die Mehrzahl der Grundeigentümer im oberen Eggli die Zufahrt über die für alle Anstösser notwendig gewordene Ausweichstelle in rechtlicher Hinsicht nicht

gesichert ist. Weil eine hinreichende Erschliessung der bestehenden *und* der geplanten Überbauung nicht nur tatsächlich genügen, sondern auch rechtlich gesichert sein muss, kann die strassenmässige Erschliessung des Baugrundstückes für die 20 zusätzlich geplanten Wohneinheiten derzeit nicht als hinreichend gesichert bezeichnet werden. Eine hinreichende Zufahrt würde voraussetzen, dass die Eigentümer auch der bestehenden Bauten im Quartier rechtlich nicht von der Mitbenutzung der künftig auch für sie notwendigen Ausweichstelle ausgeschlossen sind; mit anderen Worten es hätte auch ihnen (und ihren Rechtsnachfolgern) die Mitbenutzung der Ausweichstelle durch eine auf den Bewilligungszeitpunkt im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit gestattet werden müssen.

3.3 Dieser rechtliche Mangel (fehlende dingliche Sicherung der Zufahrt über die Ausweichstelle *für alle* betroffenen Anstösser) ist nach Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG und Art. 95 Abs. 3 lit. a BauG für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung. Die Bauherrschaft kann diesen Mangel weder aus eigener Kraft zu Lasten des Eigentümers der Parzelle 1292 beheben noch wurde sie vom Gemeinwesen je in Anwendung von Art. 66 oder 67 BauG dazu ermächtigt. Die Bauherrschaft ist deshalb auf den Goodwill des betreffenden Eigentümers angewiesen. In Anbetracht der insoweit ungenutzt verstrichenen Nachfrist ist völlig ungewiss, ob die Beschwerdegegner je die zugunsten der übrigen Anstösser erforderliche Dienstbarkeit werden erlangen können. Unter diesen Umständen kann die Baubewilligung auch nicht unter der Bedingung gewährt werden, dass dieser rechtliche Mangel nachträglich zu beheben sei. Aus diesem Grund ist die Beschwerde gutzuheissen.

VGer 23.02.2005

2255

Wasserbau. Eigentum an Flüssen und Bächen, namentlich wenn diese eingedolt sind und wieder offen gelegt werden sollen.

Infolge wiederholter Überschwemmungen sieht ein Wasserbauprojekt die Offenlegung des eingedolten Büelenbaches und zugleich eine Vergrösserung des Abflussquerschnittes vor. Die davon betroffenen

Anstösser und Grundeigentümer erheben Einsprache und Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung, für die Offenlegung fehle es an einem überwiegenden öffentlichen Interesse. Durch die Offenlegung werde anstelle einer privaten Leitung ein öffentliches Gewässer geschaffen. Weil gegenüber dem geltenden Quartierplan dadurch ein auf 10m vergrößerter Gewässerabstand einzuhalten sein werde, gehe Bauland und bei der Ausnutzungsberechnung anrechenbare Landfläche verloren. Diese privaten Interessen stünden der Offenlegung überwiegend entgegen. Weil der Quartierplan die bestehende Meteorwasserleitung als Eindolung bezeichnet habe, hätten sie auch nicht mit einer Ausdolung rechnen müssen. Die Offenlegung und Verlegung des Baches setze im Übrigen eine formelle Enteignung voraus.

Aus den Erwägungen:

4. Zwischen den Parteien war zunächst umstritten, ob es sich beim Büelenbach, welcher das Grundstück der Beschwerdeführerinnen von Südwesten nach Nordosten quert, um ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 199 Abs. 1 EG zum ZGB handelt. In ihrer Replik anerkennen die Beschwerdeführerinnen nun immerhin, dass es sich um ein öffentliches Gewässer im Rechtssinne handle, soweit der Büelenbach oberhalb und unterhalb ihres Grundstückes als oberirdisches Gewässer in Erscheinung tritt. Hingegen halten sie daran fest, dass es sich im Bereich der bisherigen Eindolung nicht um ein öffentliches Gewässer bzw. eine öffentliche Anlage handle.

4.1 Die Kantone sind nach Lehre und Rechtsprechung zu Art. 664 ZGB zu bestimmen berechtigt, welche Gewässer in ihrem Eigentum stehen (vgl. AR GVP 1988, Nr. 1089). Der Kanton Appenzell A.Rh. hat von dieser Befugnis in Art. 199 Abs. 3 EG zum ZGB vom 29. April 1969 Gebrauch gemacht und bestimmt, dass Flüsse und Bäche, einschliesslich der Schutzbauten, im Eigentum und Verfügungsrecht des Kantons stehen. Als Bach gilt jedes fließende Gewässer von solcher Mächtigkeit, dass es ein natürliches Bett gebildet hat oder bilden würde, wenn sein Lauf nicht künstlich ausgebaut wäre (Art. 199 Abs. 2). Für die Abgrenzung von den anstossenden Ufergrundstücken ist die Linie massgebend, bis zu welcher der Boden regelmässig überflutet wird (Art. 199 Abs. 4). Dass der Büelenbach jedenfalls oberhalb der Parzelle der Beschwerdeführerinnen ein natürliches Bett aufweist und auch offenkundig ganzjährig Wasser führt, hat sich am Augen-

schein bestätigt und wird von den Beschwerdeführerinnen nun nicht mehr bestritten. Somit handelt es sich beim Büelenbach um ein Gewässer, das zumindest oberhalb (und unterhalb) der Eindolung als öffentlich gilt und im Eigentum des Kantons Appenzell A.Rh. steht.

Art. 206 EG zum ZGB gewährleistet den Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern. Demnach kann ein Bach von jedermann zum Baden, Wassers schöpfen, Tränken, Waschen, Befahren, Schwimmen und dgl. benutzt werden. Eine Eindolung eines öffentlichen Gewässers bedeutet deshalb stets eine Einschränkung des Gemeingebrauches. Da die bisherige Eindolung diesen Gemeingebrauch ausschliesst, konnte diese rechtmässig seit 1969 (mit Inkrafttreten des EG zum ZGB) nur noch im Rahmen einer Konzession des Regierungsrates errichtet werden und nicht mehr ersessen werden (Art. 208 Abs. 1 und 2 EG zum ZGB). Vorbehalten bleibt, dass eine entsprechende Sondernutzung schon vorher nach damaligem Recht begründet (Art. 208 Abs. 3) oder eine solche Nutzung seit unvordenklicher Zeit unangefochten ausgeübt wurde (Art. 208 Abs. 4).

Entsprechend dieser gesetzlichen Ausgangslage besteht an Flüssen und Bächen privates Eigentum nach Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB nur, wenn ein Erwerbstitel oder die Ausübung des Eigentums seit unvordenklicher Zeit nachgewiesen ist. Keinen Erwerbstitel bildet die Einbeziehung in die Fläche der Ufergrundstücke bei der Vermarchung oder Vermessung (Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB). Daher ist weiterhin davon auszugehen, dass eine Vermutung zu Gunsten der Öffentlichkeit eines Gewässers besteht, wie dies das Obergericht seit jeher angenommen hat (vgl. Bericht und Antrag zur Totalrevision des EG ZGB an den Kantonsrat vom 2.1.1968, S. 46f.). Diese Vermutung gilt auch für die Eindolung des Büelenbaches, zumal dieses Fliessgewässer oberhalb der Eindolung klar und nun auch unbestritten als öffentliches Gewässer in Erscheinung tritt und als solches im Eigentum des Kantons steht. Einen Rechtstitel, sei es eine Konzession oder ein dingliches Recht, welcher diese Vermutung umstossen könnte, haben die nachweispflichtigen Beschwerdeführerinnen nicht dargetan und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Daran ändert Art. 198 Abs. 4 EG zum ZGB nichts. Demnach stehen zwar namentlich künstlich geschaffene Wasserleitungs- und Fassungsanlagen im privaten Eigentum, doch richtet sich die Nutzung des Wassers, das (zu deren Speisung) aus öffentlichen Gewässern abgeleitet wird, dennoch nach dem öffentlichen Recht (Art. 198 Abs. 4 zweiter Halbsatz). Dieser Abs. 4

steht ferner unter dem Vorbehalt des oben zitierten Art. 198 Abs. 1 und Abs. 3 sowie des Art. 199 Abs. 3 EG zum ZGB, wonach eben weder an Bach- und Flussquellen noch an Flüssen oder Bächen (einschliesslich der Schutzbauten) privates Eigentum bestehen kann, wenn dafür kein Rechtstitel nachgewiesen ist. Dies gilt auch dann, wenn eine künstliche Wasserleitung nicht bloss Wasser aus einem öffentlichen Gewässer ableitet, sondern ein öffentlicher Bach (wie vorliegend der Büelenbach) als Ganzes in einer Eindolung bzw. in einer Schutzbaute gefasst wird und das so gefasste Wasser später wieder in das angestammte Bachbett zurückgeleitet wird.

4.2 Mangels eines für die Eindolung nachgewiesenen privaten Erwerbstitels hat diese gesetzliche Ausgangslage beim Büelenbach ohne weiteres zur Folge, dass dieser auch im Bereich seiner Eindolung ein öffentliches Gewässer im Eigentum des Kantons geblieben ist, und zwar bis zur Linie, bis zu welcher der Boden vorher regelmässig überflutet wurde (Art. 199 Abs. 4) bzw. bis zu welcher der Boden ohne die künstliche Eindolung auch weiterhin regelmässig überflutet würde (Art. 199 Abs. 2 sinngemäss). Daran konnte die Einbeziehung des eingedolten Gewässers in die Fläche der Parzelle Nr. 1693 nichts ändern (Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB). Bis zur besagten Überflutungslinie reklamieren die Beschwerdeführerinnen deshalb völlig zu Unrecht, die Bachoffenlegung beanspruche ihr privates Grundeigentum. Selbst soweit sie geltend machen, durch die Ausdolung gehe ihnen zustehende anrechenbare Landfläche verloren, übersehen sie, dass die Anrechnung an die Ausnützungsziffer ihr Eigentum am betreffenden Boden voraussetzen würde. Dazu kommt, dass Gewässer sowohl durch das alte Baureglement der Gemeinde Heiden (vom 7.2.1984, Art. 15 Abs. 3) und nunmehr durch Art. 1 Abs. 4 der kantonalen Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) generell von einer Anrechnung ausgeschlossen sind. Weil der offenzulegende Bachlauf auf Parzelle 1693 überwiegend der bestehenden Eindolung des Büelenbaches folgt und insoweit auf dessen angestammten Überflutungs- und Uferbereich zu liegen kommt, ergibt sich, dass das Projekt insofern ausschliesslich Boden im Eigentum des Kantons beansprucht. Diesem flächenmässig gewichtigen Teil des Vorhabens stehen deshalb von vornherein weder die Eigentumsgarantie noch private Interessen der Beschwerdeführerinnen entgegen. Diesbezüglich ist der angefochtene Entscheid und die vorinstanzliche Interessenabwägung keinesfalls zu beanstanden.

Daran ändert nichts, dass der Quartierplan vom 10. März 1992 den Büelenbach in der Planlegende lediglich als "bestehende Meteorwasserleitung" bezeichnet. Dieser Quartierplan mit Sonderbauvorschriften bestimmt zwar Baulinien für die geplante Erschliessungsstrasse, legt aber weder eine Gewässerabstandslinie noch sonst einen (verminderten) Gewässerabstand oder dergleichen fest. In dessen Sonderbauvorschriften wurde für die besagte Meteorwasserleitung denn auch keinerlei Rechtswirkung bestimmt. Weil die Meteorwasserleitung auch nicht etwa als "privat" bezeichnet wurde, handelt es sich dabei lediglich um einen Hinweis auf den tatsächlichen Bestand dieser Leitung, welcher keinesfalls zur Annahme berechtigen kann, es handle sich um eine private Leitung. Dieser Hinweis steht dem rechtlichen Bestand des Büelenbaches als öffentliches Gewässer auch im Bereich der Eindolung nicht entgegen. Die Beschwerdeführerinnen müssen zur Kenntnis nehmen, dass Art. 199 EG zum ZGB Grundstücke mit Gewässeranstoss von Gesetzes wegen mit einer Eigentumsbeschränkung belastet, ohne dass dies im Grundbuch oder in einem Nutzungsplan erkennbar zu sein braucht. Da sie vom tatsächlichen Verlauf der Meteorwasserleitung spätestens durch den Quartierplan Kenntnis erhalten haben, und die Eindolung des Büelenbaches wenn nicht ohne ihre, so sicher nicht ohne Kenntnis ihrer Rechtsvorgänger erfolgt sein kann, wurden die Beschwerdeführerinnen nicht vom Gemeinwesen, sondern bestenfalls von diesen Rechtsvorgängern treuwidrig zur falschen Annahme verleitet, ihr Grundstück sei ungeachtet des Büelenbaches als eingedoltes öffentliches Gewässer überbaubar. Da der Vertrauensgrundsatz nur vor behördlichem Fehlverhalten schützen kann, können sie auch daraus nicht ableiten, beim eingedolten Büelenbach müsse es sich durchgehend um ihr Privateigentum handeln. Sie müssen zur Kenntnis nehmen, dass der eingedolte Büelenbach bis und mit seiner früheren Überflutungslinie im Eigentum des Kantons steht und ferner, dass ihr Grundstück dadurch in zwei separate Teile getrennt und flächenmässig entsprechend beschnitten wird.

4.3 Die Beschwerdeführerinnen übersehen ferner, dass gegenüber eingedolten Gewässern seit 1986 von Gesetzes wegen ein Gewässerabstand einzuhalten ist, den im Einzelfall die Baudirektion und nunmehr das Tiefbauamt bestimmt (Art. 79 Abs. 2 EG zum RPG vom 28. 4.1985, abgelöst durch den gleichlautenden Art. 114 Abs. 3 des am 1.1.2004 in Kraft getretenen BauG, bGS 721.1). Weil im Quartierplan von 1992 der Gewässerabstand nicht näher bestimmt wurde,

ergibt sich, dass die Baudirektion bzw. nun das Tiefbauamt berechtigt blieb, den Abstand für Bauten und Anlagen gegenüber dem eingedolten Büelenbach im Einzelfall und damit auch erst in einem späteren Baubewilligungsverfahren zu bestimmen. Weder das inzwischen aufgehobene EG zum RPG noch das geltende BauG verpflichtete die Behörde, den Gewässerabstand in einem Quartierplan zu bestimmen. Deshalb durften die Beschwerdeführerinnen bzw. ihre Rechtsvorgänger nicht gestützt auf den Quartierplan damit rechnen, die zuständige Behörde bzw. der Kanton als Eigentümer des eingedolten Büelenbaches habe auf die einzelfallweise Festlegung des Gewässerabstandes verzichtet. Nachdem für Fließgewässer alt- wie neuerechtlich ein gesetzlicher Regelabstand von 6 m ab der oben erwähnten Überflutungslinie gilt, mussten sie im Gegenteil bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit damit rechnen, dass der Kanton (als Eigentümer) oder das Tiefbauamt (als zuständige Behörde) auf beiden Seiten der Eindolung in entsprechendem Umfang dereinst auf einem Gewässerabstand bestehen werden. Die Beschwerdeführerinnen gehen deshalb auch fehl in der Annahme, dass der beidseits der Eindolung bzw. beidseits der früheren Überflutungslinie einzuhaltenden Abstandsbereich ohne weiteres mit privaten Bauten und Anlagen überbaubar und anrechenbar sei und sie nun insofern durch die Ausdolung *zusätzlich* in eigenen privaten Eigentumsrechten und Interessen tangiert seien. Die Beschwerdeführerinnen übersehen, dass ihr Grundstück durch den beidseits der Eindolung im Einzelfall zu bestimmenden Gewässerabstand schon seit längerem durch eine öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belastet ist. Weil sowohl gegenüber eingedolten als auch dem ausgedolten Gewässer von Gesetzes wegen ein Gewässerabstand einzuhalten ist, ändert sich daran durch das Wasserbauvorhaben für ihr Grundstück grundsätzlich nichts. Die Beschwerdeführerinnen erleiden im Umfang des beidseitigen Gewässerabstandes durch die Offenlegung des eingedolten Gewässers keine zusätzliche Eigentumsbeschränkung, weshalb sie dem Vorhaben auch die Einhaltung des Gewässerabstandes nicht als privates Interesse entgegenhalten können. Vorliegend stehen somit weder der Bestand des Büelenbaches noch das Einhalten des gegenüber eingedolten und offenen Gewässern vorgeschriebenen Gewässerabstandes zur Disposition.

Einzig soweit das Vorhaben durch eine geänderte Linienführung eine zusätzliche Bau- oder Ausnutzungsbeschränkung des erst ab der

angestammten Überflutungslinie im privaten Eigentum liegenden Grundstückes zur Folge hätte, könnte dies dem Vorhaben entgegengehalten werden. Aus den Projektplänen ergibt sich jedoch, dass die Ausdolung überwiegend der Meteorwasserleitung folgt und einzig an zwei Stellen im Ausmass von maximal rund 7m bzw. maximal rund 5m davon nach Süden bzw. nach Norden abweicht. Durch diese Verlegung, welche den ordentlichen Gewässerabstand von 6m nur punktuell überschreitet, werden die neu in den Abstandsbereich fallenden privaten Flächen jedoch durch etwa gleich grosse, daraus entlassene private Flächen kompensiert. Deshalb wird die Überbaubarkeit der betroffenen Parzelle durch die etwas geänderte Linienführung insgesamt nicht zusätzlich eingeschränkt. Insbesondere bleibt auch der kleinere südliche Parzellenteil überbaubar, und zwar namentlich weil sich die Ausdolung dort auf der ganzen Länge stärker an die im Quartierplan vorgesehene Erschliessungsstrasse anlehnt und die Überbaubarkeit durch die dort geplante Auffüllung eher noch erleichtert wird. Insgesamt ergibt sich, dass aus der geänderten Linienführung keine zusätzliche Eigentumsbeschränkung resultieren wird. Da auch sonst keine zusätzlichen Bau- oder Ausnutzungsbeschränkungen dargetan oder ersichtlich sind, steht fest, dass dem hauptsächlich auf einer bereits im Eigentum des Kantons befindlichen Gewässerfläche projektierten Vorhaben keine gewichtigen privaten Interessen entgegenstehen. Weil die den Bach querenden privaten Zufahrten somit Eigentum des Kantons beanspruchen, ändert daran auch nichts, dass diese allenfalls ganz auf Kosten der betroffenen Miteigentümerinnen erstellt werden müssen, zumal diese auch einzig in deren Interesse erstellt werden. Dass an der Offenlegung des eingedolten Büelenbaches aus Gründen des Hochwasserschutzes, aber auch aus ökologischen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, hat die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 37 und 38 Abs. 2 GeschG bereits einlässlich und zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden. Damit steht fest, dass die Interessenabwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Für die Offenlegung auch im Bereich der Parzelle 1693 besteht offenkundig ein die privaten Interessen überwiegendes öffentliches Interesse, so dass die Offenlegung auch keineswegs als unverhältnismässig bezeichnet werden kann.

4.4 (Dass die Vorinstanz sich widersprüchlich verhalten haben soll, wenn sie einerseits eine Ausnahme gestützt auf Art. 38 Abs. 2 lit. e GschG und andererseits eine Ausnahme gestützt auf Art. 37 Abs. 3

GschG verweigert hat, lässt sich namentlich aufgrund der Feststellungen am Augenschein nicht bestätigen)

4.5 Weil sich die Ausdolung in ihrer Linienführung stärker an die im Quartierplan geplante Erschliessungstrasse anlehnt, als dies die im Quartierplan als bestehend bezeichnete Meteorwasserleitung tut, verletzt das Wasserbauvorhaben auch nicht die Koordinationspflicht in Art. 25a RPG und Art. 21 und 27 der Wasserbauverordnung (SR 721.100.1). Durch die Anlehnung an die teils bestehende und im übrigen durch Baulinien im Quartierplan bestimmte Erschliessungsstrasse kann das Vorhaben als plankonform gelten, weshalb auch eine Anpassung des Quartierplanes nicht erforderlich ist. Weil der Quartierplan in Art. 6 der Sonderbauvorschriften auch ausdrücklich vorsieht, dass private Zufahrten senkrecht zur geplanten Erschliessungsstrasse realisiert werden können, sind auch die den Beschwerdeführerinnen zugesicherten zwei Übergänge über den offengelegten Büelenbach mit dem Quartierplan zu vereinbaren. Dass die Kosten der Zufahrt noch nicht genau bestimmt und verlegt sind, verletzt die Koordinationspflicht nicht, da die diesbezüglichen Begehren im nachfolgenden Perimeterverfahren geltend gemacht werden können und müssen.

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

VGer 27.04.2005

2256

Submission. Ausschluss vom Vergabeverfahren bei Vorbefassung (Art. 5 VöB)

Sachverhalt:

Im Verlaufe des Jahres 2004 hat der Gemeinderat beschlossen, am ehemaligen Dorfschulhaus eine Fassadensanierung durchzuführen. Teil der Sanierungsarbeiten war das Ersetzen der Holzfenster. Der Gemeinderat hat am 3. August 2004 vier Unternehmungen zur Offertstellung eingeladen. Nach Eingang der Angebote hat der Gemeinderat das Vergabeverfahren unterbrochen und abgeklärt, ob allenfalls die Migros Interesse am Erwerb des Hauses hätte. Dies war nicht der Fall. Das Vergabeverfahren wurde daher wieder aufgenom-

men und die Unternehmer, die im August 2004 eine Offerte eingereicht hatten, wurden angefragt, ob diese noch Gültigkeit habe. Drei der ursprünglich vier Unternehmen haben sich am Verfahren weiter beteiligt. Aufgrund des Offertvergleichs vom 16. Februar 2005 hat sich ergeben, dass einer der Bewerber nicht die gewünschten Fenster offeriert hatte. Qualitativ gleichwertige Offerten sind hingegen von der A. AG im Offertbetrag von Fr. 84'546.40 und von der Firma B.-Fenster im Offertbetrag von Fr. 84'855.20 eingegangen. Die Baukommission hat dem Gemeinderat in der Folge beantragt, das leicht günstigere Angebot der A. AG zu berücksichtigen, während der Gemeinderat an seiner Sitzung vom 22. Februar 2005 dem Angebot der Firma B.-Fenster den Zuschlag erteilt hat. Mit Verfügung vom 24. Februar 2005 hat der Gemeinderat der A. AG mitgeteilt, dass die Arbeitsgattung Fenster in Holz an die Firma B.-Fenster vergeben worden sei. Gegen diese Vergabeverfügung hat die A. AG mit Eingabe vom 7. März 2005 Beschwerde eingereicht.

Zur Begründung ihrer Beschwerde machte die A. AG in ihren Rechtsschriften und Stellungnahmen unter anderem geltend, dass bei der berücksichtigten Firma B.-Fenster eine Vorbefassung bestanden, da sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens ergeben habe, dass diese das Devis als Vorleistung erstellt und somit einen (ungerechtfertigten) Vorteil bei der Abgabe der Offerte gehabt habe. Als Erstellerin des Devis habe die B.-Fenster Vorgaben aufgestellt, die ihr die Verwendung ihrer eigenen Spezialprofile erlaubt habe, wofür den übrigen Bewerbern Mehrkosten von Fr. 1'210.-- (Profilmesser Kämpferpartie Fr. 420.-- sowie Fälzung Flügel Fr. 790.--) entstanden seien. Dieser Betrag sei aus Gründen der Gleichbehandlung vom Angebot der Beschwerdeführerin abzuziehen.

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführerin wirft der Firma B.-Fenster Vorbefassung vor. Sogenannte Vorbefassung im öffentlichen Beschaffungswesen betrifft die Konstellation, in der eine Unternehmung zugleich als Beraterin der Auftraggeberin in der Planungsphase und als Anbieterin im Vergabeverfahren auftritt. Diese Konstellation kann zum Abschluss vom Vergabeverfahren führen. Diese Folge kann in der Regel nur dadurch abgewendet werden, dass die Mitwirkung des Vorbefassenden transparent kundgegeben und den übrigen Anbietern hinreichend Gelegenheit zur Aufarbeitung des durch Vorbefassung gewonnenen

Wissensvorsprungs gegeben wird (*Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz 235*). So hat z.B. im Submissionsrecht des Bundes die Ausarbeitung eines Leistungsbeschriebs (Devis) durch einen Unternehmer zur Folge, dass dieser als Anbieter in der betreffenden Submission keine Offerte einreichen darf (*Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz 515*). Im kantonalen Submissionsrecht ist die Praxis der einzelnen Kantone nicht einheitlich und differenzierter (*Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz 516-521*). Art. 5 der hiesigen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, bGS 712.11) bestimmt, dass Personen oder Unternehmen, die an der Ausschreibung derart mitgewirkt haben, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen könnten, sich am Vergabeverfahren nicht beteiligen dürfen.

5. Die Abklärungen des Gerichts haben im vorliegenden Falle ergeben, dass die Firma B.-Fenster tatsächlich das Devis erstellt hat. Die gerichtlichen Abklärungen haben indessen auch ergeben, dass die neuen Fenster für das ehemalige Dorfschulhaus speziellen denkmalpflegerischen Anforderungen zu genügen haben und diese Anforderungen (naturgemäss) von der kantonalen Denkmalpflege definiert wurden. In diesem speziellen Fall hat sich die Firma B.-Fenster durch die Ausarbeitung des Devis nicht einen ungerechtfertigten Wissensvorsprung schaffen können, sondern sie hat die Submissionsunterlagen spezifisch nach den von der Denkmalpflege vorgegebenen Kriterien erstellt. Dem vom Gericht eingeholten Bericht der Denkmalpflege kann nämlich entnommen werden, dass die Firma B.-Fenster weder gestalterischen noch technischen Handlungsspielraum hatte, dass das gewählte Verfahren branchenüblich war und der Ersteller des Devis durch die erbrachten Vorarbeiten keinen Vorteil erlangen konnte. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, dass eine Vorbefassung im Sinne von Art. 5 VöB vorgelegen hat und die Firma B.-Fenster den Zuschlag zu ihren Gunsten hätte beeinflussen können. Der von der Beschwerdeführerin erhobene Vorwurf der unzulässigen Vorbefassung, die zum Ausschluss der Firma B.-Fenster vom Vergabeverfahren geführt hätte, erweist sich in diesem speziellen Verfahren daher als nicht stichhaltig.

Anzumerken bleibt, dass es empfehlenswert erscheint, in künftigen vergleichbaren Fällen die Mitwirkung eines Mitbewerbers bei der Er-

stellung der Submissionsunterlagen transparent offen zu legen und sämtlichen Anbietern mitzuteilen.

VGP 18.05.2005

2257

Submission. Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen (Art 5 Abs. 1 lit. a GöB). Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium; ein solches Kriterium ist zulässig, wenn ihm für die Zuschlagserteilung untergeordnete Bedeutung zukommt (Art. 33 Abs. 2 lit. g VöB)

Sachverhalt:

Die Gemeinde Herisau hat aus der Liquidation der Genossenschaft Sportzentrum das Sportzentrum an der Kasernenstrasse 71 in Herisau übernommen. Sie plant die Sanierung und Erweiterung desselben. Zu diesem Zwecke hat sie am 6. Juli 2005 verschiedene Arbeitsgattungen öffentlich ausgeschrieben. Darunter die Arbeitsgattung Schwimmbadtechnik. Nach der Ausschreibung sind bei der Vorinstanz fünf Offerten eingegangen. Mit Vergabeverfügung vom 19. Oktober 2005 hat die Vergabebehörde den Offerenten mitgeteilt, dass der Zuschlag der W. GmbH erteilt worden sei. Gegen diese Verfügung liess die nicht berücksichtigte Firma B. AG mit Eingabe vom 28. Oktober 2005 Beschwerde einreichen. Sie hat unter anderem gerügt, dass mit der Lehrlingsausbildung ein vergabefremdes und damit unzulässiges Kriterium in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen worden sei.

Aus den Erwägungen:

4. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vorinstanz als drittes Hauptkriterium die Lehrlingsausbildung aufgenommen und das Kriterium mit 10% gewichtet. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, es handle sich dabei um ein der Vergabe sachfremdes Kriterium, da es keinerlei Rückschluss auf die Qualität oder die Wirtschaftlichkeit der zu beschaffenden Leistung zulasse. Die Heranziehung dieses Kriteriums und dessen Gewichtung mit 10% würden sich als Verstoß gegen Art. 13 lit. f der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentlich Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, SR 172.056.5)

erweisen. Soweit das Kriterium Lehrlingsausbildung aber überhaupt zulässig sein sollte, sei es nur mit Einschränkungen anzuwenden, etwa um gleichwertige Angebote auseinander zu halten. Zudem sei die Zahl der Lehrlinge in Relation zur Grösse des Unternehmens zu setzen. Im vorliegenden Falle sei das Kriterium indessen klarerweise sachfremd und unzulässig, weil die deutsche Konkurrentin, wenn überhaupt, Lehrlinge in Deutschland ausbilde. Es könne nicht Sache des schweizerischen Vergaberechts sein, die deutsche Lehrlingsausbildung zu fördern und dafür bei der Vergabe noch zusätzlich Geld auszugeben.

Diesen Einwendungen hielt die Vorinstanz entgegen, dass auf die Rüge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden könne. Die Zuschlagskriterien seien bereits Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, die Ausschreibung anzufechten, habe sie dieses Kriterium bereits in jenem Stadium stillschweigend akzeptiert. Darüber hinaus habe sie dieses Kriterium mit dem Einreichen der beiden Offertvarianten und ihrer Zustimmung zu den allgemeinen Bedingungen des Offertverfahrens ausdrücklich akzeptiert. Selbst wenn man auf die Beschwerde in diesem Punkt eintreten könnte, würde sie sich als nicht gerechtfertigt erweisen. Aus dem Gleichbehandlungsgebot ergebe sich, dass alle Anbieter nach den gleichen Massstäben zu behandeln seien, ohne Unterschied, ob sich ihr Sitz im Ausland oder in der Schweiz befinde.

5. Nach der Rechtsprechung können die Ausschreibungsunterlagen, die den Anbietern erst zugestellt worden sind, nachdem die Beschwerdefrist für diese Phase des Verfahrens schon abgelaufen war, noch zusammen mit dem Vergabeentscheid angefochten werden (*BGE 129 I 321 E.6*). Die Ausschreibung für die Arbeitsgattung Schwimmbadtechnik war am 6. Juli 2005 im Amtsblatt des Kantons Appenzell A. Rh., im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der Appenzeller Zeitung publiziert. In der Publikation wurde angegeben, dass die Ausschreibungsunterlagen gestaffelt vom 27. Juli bis zum 22. September 2005 zugestellt würden. Am 27. Juli 2005 war die zehntägige Beschwerdefrist für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen. Die Beschwerdeführerin kann daher die Zuschlagskriterien noch in diesem Verfahren anfechten.

6. Die Berücksichtigung von Allgemeininteressen in Beschaffungsgeschäften in Form von vergabefremden Zuschlagskriterien ist problematisch und setzt eine Grundlage im anzuwendenden Submis-

sionsrecht voraus. Eine solche gesetzliche Grundlage kann in den Kriterienkatalogen erblickt werden, welche das anwendbare Submissionsrecht (in der Regel) nicht abschliessend enthält. Die Zulässigkeit eines vergabefremden Zuschlagskriteriums setzt sodann voraus, dass das betreffende Kriterium, wie alle Zuschlagskriterien, stets unter dem Gesichtswinkel der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Anbieter zu überprüfen ist (*Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz 424*). Die gesetzliche Grundlage für das Kriterium Lehrlingsausbildung findet sich für den Kanton Appenzell A.Rh. in Art. 33 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, bGS 712.11). Einerseits sind die dort genannten Kriterien nicht abschliessend aufgezählt. Andererseits bietet sich lit. g der genannten Bestimmung als ausdrückliche Grundlage an, denn die Lehrlingsausbildung kann durchaus als Teilbereich der Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung verstanden werden.

Im Kanton Appenzell A.Rh. wurde bisher, soweit ersichtlich, über die Zulässigkeit des Kriteriums „*Lehrlingsausbildung*“ noch nie entscheiden. Ein Blick auf die Praxis anderer Kantone ergibt folgendes: Das Submissionsrecht des Kantons Zürich sieht die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium vor, wobei die Zulässigkeit des Kriteriums nach Ansicht des Zürcher Verwaltungsgerichts umstritten ist. Im Kanton Aargau gilt die Lehrlingsausbildung bei moderater Gewichtung als zulässiges Zuschlagskriterium. Nach der Thurgauer Praxis gilt das Kriterium Lehrlingsausbildung als unzulässig. Ob es dann herangezogen werden könne, wenn sich bezüglich der übrigen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen, wurde bisher offen gelassen. Nach Auffassung des Freiburger Verwaltungsgerichtes ist das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässig, wenn es in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war, und wenn ihm für die Zuschlagserteilung eine untergeordnete Bedeutung zukommt (*zum Ganzen Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, a. a. O., Rz 425-428*). Das Bundesgericht erachtet die Zulassung des Kriteriums Lehrlingsausbildung nicht als willkürlich, wenn ihm kein grosses Gewicht zugemessen wird (*BGE 129 I 325, E. 8, 9*).

Der mehrheitlichen Rechtsprechung, die das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässt, wenn ihm nur untergeordnete Bedeutung beigegeben wird, ist beizupflichten, zumal in Art. 33 Abs. 2 VöB eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, die sich ihrerseits auf Art. 3

Abs. 2 lit. e des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) stützen kann. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässigerweise in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und dass sie ihm mit der Gewichtung von lediglich 10% die in Lehre und Rechtsprechung postulierte untergeordnete Bedeutung zugemessen hat. Dass die Vorinstanz das zulässige Kriterium sodann rechtsgleich auf alle Bewerber angewendet hat, ist korrekt und nicht zu beanstanden.

VGP 03.02.2006

2258

Öffentliches Personalrecht. Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses auf veränderter vertraglicher Grundlage: Kommt keine einvernehmliche Vertragsänderung zustande, bedarf es einer Änderungskündigung.

Eine Spitalangestellte war gemäss Arbeitsvertrag als Teamleiterin eingesetzt. Im Herbst 2004 entschloss sich der Spitalverbund, sie von der Teamleitung zu entbinden und als Pflegefachfrau weiterzubeschäftigen. Der Angestellten wurde am 6. Oktober 2004 ein neuer Vertrag unterbreitet, den sie wegen einer zu tiefen Gehaltseinstufung nicht akzeptierte. Nachdem der Spitalverbund im Vertragsentwurf vom 15. Oktober 2004 das Gehalt auf monatlich Fr. an hob, unterzeichneten die Parteien den so geänderten Vertrag am 18. Oktober 2004. Weil die Angestellte in der Folge ein der Vertragsunterzeichnung vorangegangene Gespräch als "Überrumpelungsaktion" empfand, und ihr in einem länger zurückliegenden Mitarbeitergespräch eine gute Leistung als Teamleiterin attestiert worden war, gelangte sie mit Schreiben vom 24. Oktober 2004 an die Spitalleitung und zeigte dieser an, dass ihre Vertragsunterzeichnung an einem Willensmangel leide, weshalb sie die Änderung (Einstellung in der Teamleiterfunktion) nicht gegen sich gelten lasse und stattdessen am bestehenden Vertrag als Teamleiterin festhalten möchte. Am 29. Oktober 2004 fand ein Gespräch der Angestellten mit ihrer Vorgesetzten statt. In der Folge interpretierte die Spitalleitung das vorgenannte Schreiben als Kündigung, während die Angestellte dieser Auslegung wider-

sprach. Mit Schreiben vom 2. November 2004 hielt die Klägerin fest, dass ihr Schreiben vom 24. Oktober 2004 keine Kündigung darstelle; ferner teilte sie der Spitalleitung darin mit, dass sie nunmehr die Vertragsänderung vom 15. bzw. 18. Oktober 2004 akzeptiere, da sie durch das früher als zunächst angenommen geführte Gespräch sich irrtümlich unter Druck gefühlt habe. Mit Einschreiben vom 1. November 2004 hielt die Spitalleitung ihrerseits daran fest, dass sie das Schreiben vom 24. Oktober 2004 als Kündigung betrachte, und ferner, dass sie den am 29. Oktober 2004 geäusserten Wunsch der Angestellten, weiterhin als Pflegefachfrau tätig zu sein, als Offerte betrachte, welche sie nicht annehme. Das Angestelltenverhältnis laufe deshalb am 31. Januar 2005 aus. Die Spitalangestellte liess zunächst auf Feststellung des Arbeitsverhältnisses über den 31. Januar 2005 hinaus klagen, wofür ihr der Spitalverbund das monatliche Gehalt als Pflegefachfrau gemäss dem per 18. Oktober 2004 geänderten Vertrag zu entrichten habe. In der Klagereplik liess sie das Begehren dahingehend reduzieren, es sei festzustellen, dass das Angestelltenverhältnis über den 31. Januar hinaus bis am 31. Mai 2005 bestanden habe; auch das Leistungsbegehren reduzierte sie auf den bis dahin geschuldeten Lohn (Begründung: weil der Spitalverbund nicht zu einer weiteren Zusammenarbeit bereit sei, habe sie ab dem 2. Mai 2005 eine neue Stelle angetreten).

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 57 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Beurteilung von Klagen über vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur zuständig ist, welche zwischen Privaten einerseits und öffentlich-rechtlichen Körperschaften andererseits anhängig gemacht werden (vgl. AR GVP 14/2002 Nr. 2220, 16/2004 Nr. 2245). Das von der Klägerin geltend gemachte Leistungsbegehren leitet sich aus einem gestützt auf Art. 1 ff. der kantonalen Angestelltenverordnung (AVO, bGS 142.211) und Art. 1 ff. der Verordnung über die Anstellungsverhältnisse an den kantonalen Spitälern (Dienst- und Besoldungsverordnung der Spitäler, fortan Spital-DBO, bGS 812.111.1) begründeten öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnis ab, welches die Organe des kantonalen Spitalverbundes im Rahmen eines Arbeitsvertrages mit der Klägerin vereinbart

haben. Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht sachlich und örtlich zur Behandlung der Klage zuständig ist. Die Klägerin ist als öffentlich-rechtliche Angestellte zur Klageerhebung legitimiert und der durch den Spitalverbund handelnde Kanton Appenzell A.Rh. als Arbeitgeber passivlegitimiert. Da die Spitalorgane keine anfechtbare Verfügung erlassen haben, und eine Verpflichtung dazu aufgrund des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses auch nicht anzunehmen ist (vgl. AR GVP 13/2001, Nr. 2205), steht den Parteien der Klageweg offen (Art. 57 Abs. 2 VRPG). Weil die Klageerhebung beim Verwaltungsgericht keine Vermittlung voraussetzt, ist auf die formgerecht erhobene Klage einzutreten (Art. 58 VRPG). Da das mit der Replik reduzierte Leistungsbegehren sich inhaltlich nun ebenfalls auf die Zeit bis am 31. Mai 2005 erstreckt, ist das Feststellungsbegehren gegenstandslos und kann als erledigt betrachtet werden.

2. Für das zwischen den Parteien im Jahre 2000 begründete öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis ist vorab der damals geschlossene Arbeitsvertrag massgebend, welcher in Ziff. 4 die kantonsrätliche AVO sowie die regierungsrätliche Spital-DBO als integrierenden Bestandteil des Vertrages erklärt. Für die umstrittene Frage, ob die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 24. Oktober 2004 nicht nur von der am 18. Oktober 2004 unterzeichneten Vertragsänderung zurücktrat, sondern damit auch das bisherige Arbeitsverhältnis gekündigt habe, ist vorab auf die in den vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen enthaltenen Kündigungsmodalitäten abzustellen. Da weder der Arbeitsvertrag noch die am 18. Oktober 2004 vereinbarte Vertragsänderung dazu näheres bestimmen, kann das langjährige öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis nach Art. 36 Abs. 1 und 2 AVO gegenseitig auf drei Monate ordentlich gekündigt werden. Nach Art. 36 Abs. 4 AVO ist die ordentliche Kündigung auf Monatsende auszusprechen. Für Spitalangestellte präzisiert Art. 28 der Spital-DBO ferner, dass die ordentliche Kündigung schriftlich erfolgen muss und spätestens am letzten Werktag des Monats in den Händen der Gegenpartei sein muss. Nach Art. 38 AVO Abs. 1-3 können die Angestellten und die Wahlbehörde das Anstellungsverhältnis ferner aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen, wobei die fristlose Auflösung zu begründen ist, wenn die andere Vertragspartei dies verlangt. Das Recht auf Anhörung ist gewährleistet. 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.

2.1 Weil der Arbeitsvertrag vom 24.2.2000 der Klägerin eine Teamleiter-Funktion zuwies und ein entsprechendes Gehalt vorsah, ist zwischen den Parteien zu Recht unbestritten, dass eine Rückstufung und Weiterbeschäftigung der Klägerin als Pflegefachfrau eine Vertragsänderung voraussetzt (vgl. *Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP/PJA 1/99, S. 60 ff., auch zum Folgenden*). Eine solche Vertragsänderung zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses auf veränderter vertraglicher Grundlage kommt nur zustande, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Wenn sich eine der Vertragsparteien dem Änderungswunsch widersetzt und die andere Partei unter keinen Umständen die Fortführung im bisherigen Rahmen will, steht dieser das Rechtsinstitut der Änderungskündigung zur Verfügung. Dabei kann einerseits eine *eigentliche* Änderungskündigung ausgesprochen werden, bei welcher der Änderungswunsch direkt mit der Kündigung verknüpft wird und die Kündigung ohne weiteres wirksam wird, falls die Vertragsänderung nicht zustande kommt. Bei der *bedingten* Kündigung wird eine Kündigung zwar ausgesprochen, soll aber nur gelten, wenn die andere Partei einer bestimmten Vertragsänderung nicht zustimmt. Bei der Kündigung *mit neuer Vertragsofferte* wird die Kündigung ausgesprochen, aber mit einer Offerte an die Gegenpartei zu einem neuen Vertragsabschluss mit geänderten Bedingungen verbunden. Von diesen beiden Formen der eigentlichen Änderungskündigung ist die *uneigentliche* Kündigung zu unterscheiden, welche sich dadurch auszeichnet, dass eine Vertragspartei der anderen zunächst eine Offerte für einen Änderungsvertrag vorlegt und erst anschliessend, wenn die Gegenpartei die Offerte nicht annimmt, eine Kündigung ausspricht. Solange diese zweite Handlung (Kündigung) nicht vorgenommen wurde und die Gegenpartei die Offerte nicht angenommen hat, gelten die alten Vertragsbedingungen weiter (*Th. Geiser, a.a.O., N 2.5 und 5.5*).

2.2 Dass im vorliegenden Fall die Initiative zur Entbindung der Klägerin von ihrer Teamleiterfunktion vorab vom Arbeitgeber ausging und auch vorab in dessen Interesse lag, ergibt sich daraus, dass es der Arbeitgeber war, welcher der Klägerin am 6. Oktober 2004 den ersten Entwurf eines neuen Arbeitsvertrages vorlegte und mit einer erheblichen Gehaltsreduktion verknüpfte. Nachdem die Klägerin diese Vertragsofferte wegen der vorgesehenen Gehaltseinstufung nicht

akzeptierte, war es wiederum der Arbeitgeber, welcher der Klägerin am 15. Oktober 2004 eine zweite Vertragsofferte mit einer modifizierten Gehaltseinstufung vorlegte. Weder die erste Vertragsofferte noch die zweite verknüpfte der beklagte Arbeitgeber indessen mit einer eigentlichen Änderungskündigung im vorstehend beschriebenen Sinn. Dass der Beklagte allenfalls mündlich eine Kündigungsdrohung ausgesprochen hat, wird nicht behauptet und wäre auch ohne Rechtsfolge geblieben, da Art. 28 der Spital-DBO dafür zwingend die Schriftform vorschreibt. Der Arbeitgeber hat vorliegend zwar zwei Offerten für eine Vertragsänderung vorgelegt, aber er hat diese weder von Anfang an mit einer Kündigung verknüpft noch hat er eine Kündigung nachträglich in der vorgeschriebenen Schriftform ausgesprochen, und zwar auch nicht, als die Klägerin seine Offerten wiederholt ablehnte. Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass das Arbeitsverhältnis jedenfalls vom primär an einer Vertragsänderung interessierten Arbeitgeber nicht gültig gekündigt wurde.

2.3 Unbestritten ist, dass die Klägerin die erste Offerte nicht wegen ihrer Entbindung als Teamleiterin, sondern wegen der tieferen Gehalts-Einstufung nicht annahm. Unbestritten ist auch, dass sie in der Folge die zweite, gehaltsmässig zu ihren Gunsten verbesserte zweite Vertragsofferte am 18. Oktober 2004 unterzeichnet und damit akzeptiert hat. Damit steht fest, dass einvernehmlich und deshalb ohne Kündigung eine Änderung des Arbeitsvertrages gemäss Offerte vom 15. Oktober 2004 zustande gekommen ist. Demnach sollte die Klägerin künftig als Pflegefachfrau ohne Leitungsfunktion zu einem etwas tieferen Lohn weiterbeschäftigt werden.

2.4 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2004 an die Spitalleitung trat die Klägerin indessen vom zuvor akzeptierten Änderungsvertrag vom 15.10.04 zurück und teilte mit, dass sie stattdessen den bestehenden Vertrag als Teamleiterin aufrechterhalten möchte. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass sie durch ein vorangehendes Qualifikationsgespräch, welches eigentlich schon eine Anhörung gewesen sei, sich ungebührlich unter Druck gesetzt und hintergangen gefühlt habe. In der Folge fand am 29. Oktober 2004 eine von der Klägerin in ihrem Schreiben angeregte Aussprache mit ihrer unmittelbaren Vorgesetzten statt. Dass die Klägerin an dieser Aussprache zum Inhalt ihres Schreibens befragt wurde, ist unbestritten. Dass die Ausführungen der Klägerin ihre Vorgesetzte zur Annahme berechtigt haben soll, die Klägerin sei mit ihrem Schreiben vom 24.10.2004 nicht nur von der

Vertragsänderung zurückgetreten, sondern habe damit auch das bisherige Angestelltenverhältnis als Teamleiterin gekündigt, ist umstritten. Was an der mündlichen Aussprache letztlich gesagt wurde, kann indessen offen bleiben, da die vom Beklagten behauptete Kündigung der Klägerin nur in Schriftform gültig erklärt werden konnte (Art. 28 Spital-DBO). Was die Klägerin indessen formgerecht mit Schreiben vom 24. Oktober unter dem Titel "Vertragsänderung Frau A. vom 15. Oktober 2004" erklärt hat, kann aufgrund des an sich klaren Wortlautes keinesfalls als Kündigung des bisherigen Arbeitsvertrages verstanden werden. Die Klägerin hat damit lediglich ihren Rücktritt von der am 18.10.2004 unterschriebenen Vertragsänderung erklärt. Dass die Vertragsänderung durch die Unterschrift der Klägerin gültig zustande kam, bedeutet entgegen der Auffassung des Beklagten nicht, dass die einvernehmlich vereinbarte Vertragsänderung einzig noch durch eine Kündigung wieder in Frage stehen kann. Der Beklagte übersieht, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 24.10.2004 einen Willensmangel bei der Vertragsänderung geltend gemacht hat, wenn sie erklärte, dass sie sich durch die vorgängige Anhörung ungebührlich unter Druck gesetzt gefühlt habe (Art. 23 ff. OR). Bei Willensmängeln im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sind nämlich die Bestimmungen von Art. 23 ff. OR als öffentliches Recht sinngemäss anwendbar (*Tschannen/Zimmerli, Allg. Verwaltungsrecht, Bern 2005, N10 zu §35*). In der einseitigen Erklärung der Klägerin kann der Beklagte deshalb weder eine ordentliche noch fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses erblicken, zumal die Klägerin ja ausdrücklich und schriftlich erklärt hat, dass sie am bisherigen Arbeitsverhältnis als Teamleiterin festhalten möchte.

Die Anfechtungserklärung der Klägerin ist als rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht nach Lehre und Rechtsprechung indessen nur wirksam, wenn sich der Erklärende beim Vertragsschluss (hier der Vertragsänderung) tatsächlich in einem Irrtum befunden hat (vgl. *Schwenzer, Basler Kommentar zu Art. 28 OR, N 4 ff.* und BGE 128 III 75). Die Klägerin selber hat mit einem weiteren Schreiben (vom 2. Nov. 2004) erklärt, dass sie sich über den Zeitpunkt der von ihr als Druckausübung empfundenen Anhörung geirrt habe und deshalb nun doch bereit sei, die Vertragsänderung vom 15. bzw. 18. Oktober 2004 und damit ihre Einstufung als Pflegefachfrau ab 1. Februar 2005 wie vereinbart gegen sich gelten zu lassen. Diesen Widerruf der Anfechtungserklärung moniert der Beklagte als unzulässig. Solche Gestal-

tungserklärungen sind nach Lehre und Rechtsprechung zwar grundsätzlich unwiderruflich (*Schwenzer, a.a.O., N 8 zu Art. 28 OR*), jedoch namentlich dann nicht, wenn eine solche Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist (*BGE 128 III 75*). Genau dies macht die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 2. November 2004 geltend, wenn sie erklärt, sie habe sich hinsichtlich der zuvor als Druckausübung gerügten Anhörung geirrt. Hat somit die zuvor von der Klägerin behauptete Nötigung gar nicht in der zunächst angenommenen Art und Weise stattgefunden, wurde die Anfechtungserklärung der Klägerin vom 24.10.2004 gar nie wirksam und die Vertragsänderung blieb seit ihrer Unterzeichnung am 18. Oktober 2004 ohne Einschränkung rechtswirksam. Damit steht fest, dass die Klägerin bis Ende Januar 2005 als Teamleiterin zum bisherigen und ab 1. Februar 2005 zu einem tieferen Lohn als Pflegefachfrau angestellt blieb.

2.5 An der letztlich nun doch irrtumsfrei vereinbarten Vertragsänderung vermögen die nachträglich erhobenen Mobbingvorwürfe weder der einen noch der anderen Seite etwas zu ändern, weshalb darauf nicht weiter einzutreten ist.

2.6 Weil der Beklagte erklärtermassen das Arbeitsverhältnis beendet haben möchte, ohne aber je selber gekündigt zu haben, und ferner, weil die Klägerin durch den Antritt einer neuen Stelle das Arbeitsverhältnis faktisch per Ende April 2005 beendet und ihre Anträge entsprechend auf diesen Zeitpunkt hin reduziert hat, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien per Ende April 2005 konkludent auf eine Vertragsauflösung geeinigt haben (zu prüfen blieb, welche Lohnansprüche der Klägerin bis Ende April 2005 im Rahmen des per 1. Februar 2005 geänderten Arbeitsverhältnisses zustehen).

VGer 31.08.2005

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1 Zivilrecht

3454

Verweigerung eines Unterhaltsbeitrages zufolge Unbilligkeit. Die Ehefrau, welche über einen längeren Zeitraum vorsätzlich und planmässig die Tötung ihres Gatten vorbereitet und konkrete organisatorische Vorkehrungen zur Ausführung der Tat getroffen hat, kann nicht ernsthaft erwarten, von der avisierten Person wirtschaftliche Unterstützung in Form von Unterhaltsbeiträgen zu erhalten. Eine Verpflichtung des Ehemannes zu Unterhaltszahlungen an die Frau, die ihm nach dem Leben trachtete, widerspricht dem Gerechtigkeitsgedanken in einem besonders schweren Ausmass, so dass auch das Zusprechen eines aufgrund der Straftat gekürzten Unterhaltsbeitrags nicht in Betracht fällt (Art. 125 Abs. 3 Ziffer 3 ZGB).

Aus den Erwägungen:

Die Ehefrau beantragt, es sei ihr ein angemessener naheheleicher Unterhalt zuzusprechen. Zur Begründung ihres Antrags lässt die Ehefrau im Wesentlichen ausführen, sie sei aufgrund ihrer Invalidität auf Unterhaltsbeiträge angewiesen, da die IV-Rente nicht ausreiche, ihren Lebensunterhalt zu finanzieren. Der Ehemann verweigert die Zahlung eines Unterhaltsbeitrags mit der Begründung, die Ehefrau habe versucht, ihn umzubringen bzw. umbringen zu lassen. Sie sei vom Obergericht von Appenzell A.Rh. in der Zwischenzeit rechtskräftig verurteilt worden wegen Vorbereitungshandlungen zu einem Tötungsdelikt. Dabei handle es sich um eine schwere Straftat. Der Ehefrau sei deshalb - wie bereits im Massnahmeverfahren - ein naheheleicher Unter-

haltsbeitrag in Anwendung von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB zu versagen. Es sei rechtsmissbräuchlich, dem Ehemann erst nach dem Leben zu trachten und dann noch Unterhalt von ihm zu verlangen.

Gemäss Art. 125 Abs. 1 ZGB hat ein Ehegatte dem anderen Ehegatten nach der Scheidung einen Unterhaltsbeitrag zu leisten, wenn letzterem nicht zugemutet werden kann, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung sind verschiedene Kriterien beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und für welchen Zeitraum, zu berücksichtigen. Gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB ist ein Unterhaltsbeitrag bei ansonsten gegebenen Voraussetzungen dann zu verweigern oder zu kürzen, wenn er offensichtlich unbillig wäre. Was der Gesetzgeber als unbillig im Sinne dieser Vorschrift erachtete, wird beispielhaft in Ziff. 1 bis 3 konkretisiert. Vorliegend ist zu beurteilen, ob ein Unterhaltsbeitrag an die Ehefrau in Anwendung von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB (schwere Straftat gegen den Verpflichteten) wegen offensichtlicher Unbilligkeit versagt oder gekürzt werden muss.

Tatsächlich wurde die Ehefrau mit Urteil des Kantonsgerichts von Appenzell A.Rh. vom 8. Februar 2001 wegen Vorbereitungshandlungen zu einem Tötungsdelikt (Art. 260^{bis} i.V.m. Art. 111 StGB) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zehn Monaten verurteilt. Dieses Urteil wurde vom Obergericht von Appenzell A.Rh. mit Entscheid vom 26. Februar 2002 bestätigt. Die Verurteilung ist inzwischen rechtskräftig.

Zu beurteilen ist hier die Schwere der von der Ehefrau begangenen Straftat nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten. Dabei ist die objektive Schwere der Tat und nicht ihre abstrakte strafrechtliche Qualifikation als Verbrechen oder Vergehen massgeblich. Diese kann jedoch ein für die Beurteilung hilfreiches Kriterium sein (*vgl. zum Ganzen: Sutter/ Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 12 zu Art. 125*). Die Verurteilung der Ehefrau erfolgte wegen strafbaren Vorbereitungshandlungen zu einem Tötungsdelikt nach Art. 260^{bis} i.V.m. Art. 111 StGB, bedroht mit einem Strafrahmen von bis zu fünf Jahren Zuchthaus oder Gefängnis. Bei einer solchen Tat handelt es sich gemäss Art. 9 Abs. 1 StGB nach strafrechtlicher Qualifikation formell um ein Verbrechen, was bereits für eine gewisse Schwere der Straftat spricht. Es ist jedoch konkret zu betrachten, welches Verhalten der Ehefrau zu einer strafrechtlichen Verurteilung geführt hat. Der Begründung des erstinstanzlichen Urteils ist zu entnehmen, dass die

Ehefrau mit ihren beiden Töchtern besprochen hatte, den Ehemann anlässlich einer Ferienreise zu vergiften. Ein Freund einer Tochter wurde damit beauftragt, das nötige Gift aufzutreiben. Die Ehefrau machte dabei Pläne für den gesamten Tatablauf und bestimmte auch den Tatzeitpunkt. Später, als die Beteiligten realisierten, dass es schwierig war, ein geeignetes Gift zu beschaffen, erklärte sich die Ehefrau damit einverstanden, dass der Ehemann erschossen werden sollte und erstellte zuhanden des bereits kontaktierten Schützen eine genaue Personenbeschreibung des zukünftigen Opfers. Damit hatte sie die Tatherrschaft aus den Händen gegeben: Es wäre dem Schützen mit den von der Ehefrau gelieferten Angaben möglich gewesen, sein Opfer zu kontaktieren oder zu finden und die Tat auszuführen. Dieser verständigte jedoch glücklicherweise die Polizei und liess so das Vorhaben der Ehefrau auffliegen. Die Umstände, welche die Ehefrau zu diesem Vorgehen bewogen haben, sind hier - wie bereits bei der Prüfung des Verschuldens im Strafurteil - ebenfalls zu berücksichtigen. Es ist wohl sicher richtig, dass sich die Beziehung der Parteien seit einiger Zeit äusserst schwierig gestaltete und die Ehefrau unter im Strafverfahren dokumentierten, wiederkehrenden Gewaltexzessen des Ehemannes zu leiden hatte. Selbst wenn man ihr zubilligt, dass es ihr damals sowohl physisch als auch psychisch sehr schlecht gegangen sein muss und sie sich subjektiv in einer ausweglosen Situation gefühlt haben mag, kann das für die von ihr getroffenen Vorkehrungen im Hinblick auf die Tötung eines Menschen keine Rechtfertigung sein. Daraus ergibt sich, dass die Straftat der Ehefrau gegen den Ehemann als schwer im Sinne von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren ist.

Die Ehefrau hat über einen längeren Zeitraum vorsätzlich und planmässig die Tötung ihres Gatten vorbereitet und konkrete organisatorische Vorkehrungen zur Ausführung der Tat getroffen. Wer solches tut, kann nicht auch noch ernsthaft erwarten, von der anvisierten Person wirtschaftliche Unterstützung in Form von Unterhaltsbeiträgen zu erhalten. Eine Verpflichtung des Ehemannes zu Unterhaltszahlungen an die Frau, die ihm nach dem Leben trachtete, widerspricht dem Gerechtigkeitsgedanken in einem besonders schweren Ausmass, so dass auch das Zusprechen eines aufgrund der Straftat gekürzten Unterhaltsbeitrags nicht in Betracht fällt.

Die Ehefrau hat somit keinen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ehemann. Es kann daher offen bleiben, ob in Anwendung der Krite-

rien von Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB grundsätzlich ein Unterhaltsanspruch bestehen würde. Entsprechende Beweisanträge des Rechtsvertreters der Ehefrau zur Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ehemannes werden - soweit sie überhaupt substantiiert formuliert wurden - abgewiesen, da sich weitere Abklärungen in diese Richtung für Fragen des Unterhaltsanspruchs an sich als irrelevant erweisen.

KGer 25.10.2004

3455

Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten. Nicht jede, bloss Mithilfe übersteigende Arbeitsleistung löst einen Entschädigungsanspruch nach Art. 165 ZGB aus. Hat ein Paar keine Kinder und geht die Ehefrau - abgesehen von Aushilfstätigkeiten - keiner auswärtigen Erwerbstätigkeit nach, stellt ein wöchentlicher Einsatz im Geschäft des Ehemannes von ein bis zwei Tagen noch keinen ausserordentlichen Beitrag im Sinne des Gesetzes dar.

Unterhaltsbeiträge. Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge. Frist, innert welcher einem Ehegatten zugemutet werden kann, für seinen Unterhalt (wieder) selbst aufzukommen. Mögliche Methoden zur Ermittlung einer allfälligen zukünftigen Einbusse bei der Altersvorsorge.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 165 Abs. 1 ZGB hat ein Ehegatte, der im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitgearbeitet hat, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, dafür Anspruch auf angemessene Entschädigung. Nicht jede, bloss Mithilfe übersteigende Arbeitsleistung löst einen Entschädigungsanspruch gemäss Art. 165 ZGB aus. Nach der Intention des Gesetzgebers sollten gesteigerte Arbeitsleistungen zugunsten des andern Gatten grundsätzlich nicht finanziell abgegolten werden, sondern nur ausnahmsweise, wenn die „Gratisleistung“ mit der Billigkeit nicht zu vereinbaren wäre. Dass ein Gatte mehr arbeitet, als er unterhaltsrechtlich im Rahmen der konkre-

ten Aufgabenteilung verpflichtet ist, genügt also noch nicht. Verlangt ist vielmehr ein Arbeitseinsatz, welcher die übliche Mitwirkung in **markanter Weise** übersteigt (*Franz Hasenböhler in Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Basel 2002, N 2 f. zu Art. 165 ZGB mit Hinweis auf BGE 120 II 282*).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin ihre Mitarbeit nicht aufgrund eines Arbeits-, Darlehens- oder Gesellschaftsvertrages oder eines anderen Rechtsverhältnisses geleistet hat (vgl. Art. 165 Abs. 3 ZGB).

Die Klägerin liess in der Appellationserklärung geltend machen, ihr Aufwand für den Betrieb des Beklagten habe im Durchschnitt ein bis zwei Arbeitstage pro Woche betragen. Der Beklagte lehnt einen Anspruch der Klägerin unter diesem Titel ab. Seines Erachtens ist eine Mitarbeit im behaupteten Umfang einerseits nicht nachgewiesen, andererseits vermag er in einer allfälligen Mithilfe der Klägerin keinen ausserordentlichen Beitrag zu erkennen, nachdem diese nur einen sehr einfachen, kinderlosen Haushalt zu führen hatte.

Letztlich kann offen bleiben, ob die Klägerin nun zwei Tage im Monat oder ein bis zwei Tage pro Woche in der Firma des Ehemannes gearbeitet hat. Die Ehe der Parteien ist kinderlos geblieben und die Klägerin ist während der Ehe - von Aushilfstätigkeiten bei der Be-tagtenhilfe und der Frauenzentrale abgesehen - keiner auswärtigen Tätigkeit nachgegangen. Nebst der Mithilfe im Betrieb hatte sie somit nur einen Zweipersonenhaushalt zu besorgen. Unter diesen Umständen stellt nach Auffassung des Obergerichtes selbst ein wöchentlicher Einsatz von ein bis zwei Tagen noch keinen ausserordentlichen Beitrag im Sinne des Gesetzes dar. In diesem Sinne unterscheidet sich die hier zu beurteilende Situation auch von dem in *BGE 120 II 282 (= Pra. 85 [1996] Nr. 13)* geschilderten Fall. Dort besorgte die Ehefrau nebst der Erziehung von zwei Kindern und der Führung des Haushaltes, wie eine entlohnte Sekretärin, regelmässig täglich mehrere Stunden im Unternehmen des Ehemannes die administrativen Arbeiten. Kommt hinzu, dass die Ehegatten in jenem Fall - im Gegensatz zur hier zu beurteilenden Situation - bei der Hochzeit Gütertrennung vereinbart hatten und die Scheidung eine Beteiligung der Ehefrau am Gewinn ihrer Arbeit vereitelte.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Klägerin den ihr obliegenden Nachweis (vgl. Art. 8 ZGB), dass sie im Betrieb des Beklagten erheblich mehr mitgearbeitet hat, als ihr Beitrag an den Unter-

halt der Familie verlangt, nicht erbracht hat. Entsprechend besteht kein Anspruch der Ehefrau nach Art. 165 ZGB.

2. Die Klägerin verlangt die Zusprechung eines unbefristeten monatlichen Unterhaltsbeitrages von Fr. 2'000.--. Der Beklagte beantragt die Abweisung dieses Antrages mit der Begründung, dass er im Verlaufe des bisherigen Verfahrens bereits mehr als genug Unterhaltszahlungen geleistet habe. Kann ein Ehegatte für seinen gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge nicht selbst aufkommen, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten (Art. 125 Abs. 1 ZGB). Der gebührende Unterhalt ist aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles zu konkretisieren, wobei die Leistungsfähigkeit der Ehegatten einerseits und der während der Ehe gelebte Standard andererseits im Vordergrund stehen. Das neue nacheheliche Unterhaltsrecht beruht jedoch auf dem Grundgedanken, dass beide Ehegatten nach der Scheidung selber für die Bestreitung ihres jeweiligen Unterhalts zuständig sind (*Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 12 zu Art. 125 ZGB*).

2.1 Das Kantonsgericht hat in seinem Urteil zunächst die Grundsätze dargestellt, welche für die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages an einen Ehegatten massgebend sind. Weiter hat es die Frage geprüft, ob der Klägerin grundsätzlich ein Unterhaltsanspruch zusteht und diese bejaht sowie den gebührenden Unterhalt bezeichnet. Schliesslich hat es eine Prognose bezüglich der zumutbaren Eigenversorgungskapazität der Klägerin getroffen und die Frage der Leistungsfähigkeit des Beklagten geklärt. Diesen Ausführungen kann das Obergericht sich mit Ausnahme der Prognose bezüglich der zumutbaren Eigenversorgungskapazität und des nachehelichen Vorsorgebedarfes der Klägerin vollumfänglich anschliessen.

2.2 Das Kantonsgericht ist beim Beklagten von einem monatlichen Nettoeinkommen von 5'000 Franken ausgegangen und hat dessen Leistungsfähigkeit, der Klägerin einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen, bejaht. Dabei hat es auf den Durchschnitt der Jahresabschlüsse von 1995 bis 2000 abgestellt, der sich auf Fr. 62'645.-- pro Jahr belief. Im Appellationsverfahren wurden zusätzlich die Jahresabschlüsse 2001 und 2002 beigezogen. 2001 betrug der Jahresgewinn Fr. 14'134.35, 2002 Fr. 71'114.50. Trägt man den beiden neuen Abschlüssen ebenfalls Rechnung, ergibt sich ein jährliches Durchschnittseinkommen von Fr. 57'640.--. Nach Auffassung des Oberge-

richtes haben sich damit punkto Leistungsfähigkeit des Beklagten seit dem Urteil der Vorinstanz keine wesentlichen Veränderungen ergeben und es kann immer noch von einem monatlichen Einkommen von 5'000 Franken ausgegangen werden. Umso mehr als der Beklagte im Rahmen der persönlichen Befragung durch den Obergerichtspräsidenten äusserte, gesundheitlich gehe es ihm heute wieder gut.

2.3 Den gebührenden Unterhalt der Klägerin hat die Vorinstanz auf Fr. 3'250.-- beziffert. Dieser Betrag wurde von den Parteien im zweitinstanzlichen Verfahren nicht beanstandet, weshalb auch bei den folgenden Erwägungen davon auszugehen ist.

2.4 Per 1. Februar 2000 trat die Klägerin im Alters- und Pflegeheim R. in A. ihre jetzige Stelle als Hauspflegerin mit einem Pensum von 80 % an. Im Zeitpunkt der Scheidung war sie bereits gesundheitlich angeschlagen und versah noch ein Pensum von 60 %. Dies ergab ein monatliches Nettoeinkommen, inkl. Anteil 13. Monatslohn, von rund 2'230 Franken. Die Vorinstanz erwog, dass eine Frist von sechs Jahren seit der Trennung ausreichend sei, ihr einen sanften Übergang in die Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Ab November 2002 sei der Klägerin daher eine Erwerbstätigkeit von 80 % zuzumuten und ab Oktober 2005 eine Vollzeitwerbstätigkeit. Entsprechend rechnete sie der Klägerin ab November 2002 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'950.-- und ab November 2005 ein solches von Fr. 3'250.-- an. Um den gebührenden Bedarf zu decken, seien deshalb Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- bis Ende Oktober 2002 und von Fr. 300.- ab November 2002 bis Ende Oktober 2005 zu sprechen.

Das Instruktionsverfahren vor zweiter Instanz ergab, dass die Klägerin seit Februar 2001 zu 60 % im Alters- und Pflegeheim tätig war. Am 7. Mai 2003 bezifferte Dr. med. P.G. ihre Arbeitsfähigkeit wegen einer länger dauernden depressiven Reaktion noch auf 30 %. Entsprechend war sie von Mitte März 2003 bis Ende April 2004 wegen Krankheit zu 50 % arbeitsunfähig; d.h. bei einem Pensum von 60 % arbeitete sie 30 % und bezog im Umfang von 30 % Krankentaggelder. Seit Mai 2004 ist die Klägerin nicht mehr krank geschrieben und versieht wieder ein 60 % Pensum. Dabei erzielt sie ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen (inkl. Anteil 13. Monatslohn und verschiedenen Sonn- und Feiertagszulagen) von ca. Fr. 2'600.--. Zu beachten ist allerdings, dass der Ferienanteil monatlich abgerechnet wird und in den Fr. 2'600.-- enthalten ist. Trägt man diesem Umstand

Rechnung, verringert sich das anrechenbare monatliche Nettoeinkommen auf rund Fr. 2'400.--.

Die obigen Ausführungen erhellen, dass die Prognose der Vorinstanz bezüglich der künftigen Eigenversorgungskapazität der Klägerin sich nicht bewahrheitet hat. Namentlich konnte die Klägerin ihre Erwerbstätigkeit entgegen der Vorhersage des Kantonsgerichtes aus gesundheitlichen Gründen im November 2002 nicht wie geplant auf 80 % ausweiten und versieht aktuell wie auch im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils immer noch ein 60 % Pensum. Nachdem anlässlich der Schlussverhandlung keine konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mehr geltend gemacht worden sind und die Klägerin seit rund einem Jahr nicht mehr krank geschrieben ist, kann heute davon ausgegangen werden, dass sie diese Schwierigkeiten überwunden hat. Es spricht somit nichts dagegen, dass sie ihr Arbeitspensum in einem Masse aufstockt, das es ihr erlaubt, für ihren Unterhalt selbst aufzukommen. Gemäss den obigen Erwägungen wäre dieses Ziel bereits mit einem Pensum von 80 % knapp erreicht. Grundsätzlich wäre ihr aber auch eine volle Erwerbstätigkeit zuzumuten. Selbstredend kann eine solche Erhöhung des Arbeitspensums nicht von heute auf Morgen vollzogen werden. Eine Übergangsfrist von rund einem halben Jahr, d.h. bis Ende Dezember 2005, dürfte indes ausreichen, diesen Schritt zu realisieren.

Nebenbei sei noch Folgendes bemerkt: Das zweitinstanzliche Verfahren hat über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen faktisch eine Verlängerung der Pflicht des Beklagten zur Leistung relativ hoher Unterhaltsbeiträge bewirkt. Nach Auffassung des Obergerichts sprengt diese Ausdehnung der Unterhaltspflicht den Gedanken der nahehelichen Solidarität in einer langjährigen Ehe, wie sie hier vorliegt, noch nicht. Weil die krankheitsbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin aber nicht ehebedingt ist (diese entstand erst rund ein Jahr nach Einleitung des Scheidungsverfahrens), geht die Solidarität immerhin nicht so weit, dass der Beklagte die Klägerin bis zur Pensionierung resp. lebenslänglich unterstützen müsste. Sollte die Klägerin wider Erwarten erneut unter gesundheitlichen Problemen leiden, die ihre Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen, hätte sie sich zwecks Absicherung ihres Unterhaltsbedarfes an die Leistungen der verschiedenen Sozialversicherungen und nicht mehr an den Beklagten zu halten (*vgl. auch Ingeborg Schwenger in Schwenger, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 55 zu Art. 125 ZGB mit Hinweisen*).

2.5 Der Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge gehört zum Unterhalt während der Ehe. Neuere gesetzliche Regelungen im Bereich der ersten Säule dienen einer möglichst gleichmässigen Aufteilung der während der Ehe erworbenen Ansprüche, indem die geleisteten Beiträge - unter Einbezug der Betreuungsgutschriften - grundsätzlich hälftig geteilt werden (Art. 29quinquies Abs. 3, 29sexies Abs. 3 und 29septies Abs. 6 AHVG). Für die zweite Säule enthalten die Art. 122 ff. ZGB Vorschriften, welche Gleiches bezwecken und damit ebenfalls unmittelbar zu einer Verbesserung der Eigenversorgungskapazität nach Eintritt eines Vorsorgefalles insbesondere beim bisher nicht oder nur teilzeitlich erwerbstätigen Ehegatten führen. Demzufolge geht es vorliegend nur noch um das Zurverfügungstellen von Mitteln für einen Ausgleich allfälliger zukünftiger (nachehelicher) Einbussen hinsichtlich der Altersvorsorge (*Urs Gloor/Annette Spycher in Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Basel 2002, N 4 und 35 zu Art. 125 ZGB; a.M. Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, a.a.O., N 94 zu Art. 125 ZGB*), welche die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages auch zur Kompensation von im Scheidungszeitpunkt bestehenden Vorsorgedefiziten vorschlagen).

Diese Kontroverse braucht hier nicht entschieden zu werden. Weil der Beklagte während der Ehe keiner Einrichtung der beruflichen Vorsorge angehörte, profitiert die Klägerin zwar nicht von der mit der Scheidung einhergehenden Aufteilung allfälliger Vorsorgeguthaben (vgl. Art. 122 ff. ZGB). Wie oben (E. 2 lit. e) dargelegt worden ist, erhält sie jedoch aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung einen namhaften Betrag (vgl. *Ingeborg Schwenger, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 8 zu Art. 125 ZGB*).

Die Klägerin hat erst nach der Trennung 1999 eine ausserhäusliche Erwerbstätigkeit aufgenommen und konnte von Februar 2001 bis und mit April 2004 aufgrund ihrer angeschlagenen Gesundheit nur zu 60 % arbeiten. Entsprechend verfügt sie heute lediglich über ein geringfügiges BVG-Guthaben. Nun könnte man einwenden, dass der Beklagte ebenfalls nicht über eine 2. Säule verfügt. Sein Unterhalt im Alter erscheint im Gegensatz zu demjenigen der Klägerin dennoch in höherem Masse abgesichert, da in der ihm gehörenden, unbelasteten Liegenschaft sowie in der Firma doch ein beträchtliches finanzielles Potential steckt. Wie das Kantonsgericht, erachtet es daher auch das Obergericht als angemessen, den Beklagten unter diesem Titel zu

Leistungen an die Klägerin zu verpflichten. Hingegen überzeugt die von der Vorinstanz angestellte Rechnung nicht, da vorliegend gemäss den obigen Erwägungen der naheheliche Vorsorgeverlust im Vordergrund steht.

In Literatur und Rechtsprechung hat sich bis anhin keine einheitliche Berechnungsmethode herausgebildet, wie der naheheliche Vorsorgeunterhalt zu bestimmen ist. Im Skript zu den 2. Schweizer Familienrechts-Tagen vom 29./30. April 2004 werden im Referat von Elisabeth Freivogel, Urs Gloor und Regula Stieger-Gmür folgende Ansätze genannt:

- *Schwenzer (a.a.O., N 9 ff. zu Art. 125 ZGB)* hält dafür, vom gebührenden Unterhalt auszugehen, welcher in ein fiktives Bruttoerwerbseinkommen umgerechnet werden müsse. Daraus lassen sich die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge (1. und 2. Säule) berechnen. Diese zusammen ergeben den Vorsorgeunterhalt, der dann noch um die bei der unterhaltsberechtigten Person hierauf gegebenenfalls anfallende Steuerlast zu erweitern ist.

- Ein anderer Ansatzpunkt wäre die hypothetische Berechnung des Bruttoerwerbseinkommens, welches die berechnete Person nach der Ehescheidung erzielen könnte, wenn die ehebedingten Nachteile nie bestanden hätten und nach der Scheidung nicht weiter bestehen würden. Dieser Betrag würde dann an die Stelle des gebührenden Unterhalts treten und daraus wären die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge und die allenfalls zusätzlich zu bezahlenden Steuern zu berechnen.

Mit der zweiten Methode lässt sich nach Auffassung des Obergerichts dem Umstand, dass der berechnete Ehegatte, zumindest zeitlich bereits erwerbstätig ist, besser Rechnung tragen, weshalb auf diese abzustellen ist. Beiträge für die 3. Säule sind angesichts der eher bescheidenen Verhältnisse nicht einzubeziehen.

Oben wurde von einem monatlichen Nettoeinkommen der Klägerin (inkl. Anteil 13. Monatslohn) von rund Fr. 2'400.-- bei einer 60 %-Anstellung ausgegangen. Auf eine volle Stelle umgerechnet wären dies Fr. 4'000.-- netto bzw. ca. Fr. 4'480.-- brutto pro Monat. 60 % davon hat die Klägerin seit Rechtskraft der Scheidung, d.h. seit dem 12. März 2003, selbst verdient. Zu ersetzen sind demzufolge 40 % der Sozialabzüge bei einem Bruttoerwerbseinkommen von Fr. 4'480.-- bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Klägerin mutmasslich wieder einer vollen Erwerbstätigkeit nachgehen könnte. Dies ist gemäss der Prognose

des Obergerichts Ende Dezember 2005 der Fall. Die Sozialabzüge bei einer 60 %-Tätigkeit machen gut 400 Franken pro Monat aus. 40 % davon sind Fr. 266.--. Als Ersatz für den nahehelichen Vorsorgeverlust hat der Beklagte der Klägerin daher einen monatlichen Beitrag von Fr. 260.-- ab Rechtskraft der Scheidung, d.h. ab März 2003, bis zum Zeitpunkt, in dem ihr eine volle Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann, d.h. bis Ende Dezember 2005, zu bezahlen.

2.6 Zusammenfassend wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin gestützt auf Art. 125 ZGB als Beitrag zum gebührenden Unterhalt bis Ende Dezember 2005 eine monatlich und monatlich vorauszahlbare Rente von Fr. 1'000.-- und ab März 2003 bis Ende Dezember 2005 monatlich Fr. 260.-- unter dem Titel „nachehelicher Vorsorgeausgleich“ zu bezahlen.

OGer 17.05.2005

3456

Eheschutzverfahren. Einer 42 ½ Jahre alten Ehefrau ohne Betreuungspflichten ist die Umstellung von einer Teilzeittätigkeit auf eine Vollzeitstelle innert Jahresfrist seit Einreichung des Eheschutzbegehrens zumutbar.

Aus den Erwägungen:

Die Gesuchstellerin geht von einem eigenen Einkommen aus einer Teilzeittätigkeit von rund Fr. 2'600.-- pro Monat aus. Sie ist der Auffassung, ein höheres Einkommen sei nicht möglich. Demgegenüber meint der Gesuchsgegner, seiner Frau sei nach einer Übergangsfrist eine Vollzeitstelle zumutbar.

Aus der Lohnabrechnung für den März 2005 ergibt sich ein Netto-Einkommen von rund Fr. 2'930.--. In diesem Betrag ist eine Ferientenschädigung enthalten, was bedeutet, dass der Lohn nur für 11 Monate ausgerichtet wird. Also ist der Betrag von Fr. 2'930.-- mit 11 zu multiplizieren und durch 12 zu teilen, was zu Fr. 2'690.-- führt. Dieses Einkommen erzielt die Gesuchstellerin aufgrund einer Teilzeittätigkeit. Zu fragen ist, ob ihr nicht die Umstellung auf eine Vollzeitstelle zumutbar ist. Die Gesuchstellerin ist jetzt 42 ½ Jahre alt und hat keine Kinder mehr zu betreuen. Das vorliegende Eheschutzverfahren dient lediglich

der Regelung der Verhältnisse während der Trennungszeit nach Art. 114 ZGB (Das zwischen den Parteien vor Kantonsgericht geführte Scheidungsverfahren musste zufolge Nichteinreichens der schriftlichen Bestätigung durch die Ehefrau mit Entscheid vom 21. Juni 2005 als gegenstandslos abgeschrieben werden). Nach der Gerichtspraxis muss bei solchen Verhältnissen die Annahme einer Vollzeitstelle verlangt werden (*BGE 128 III 65; FamPra 2004 S. 829 ff.; FamPra 2004 S. 944 ff.; GVP SG 2001 Nr. 34*). Der Gesuchstellerin ist jedoch eine Übergangsfrist einzuräumen. Ebenfalls nach der Gerichtspraxis wird üblicherweise eine Frist von 12 Monaten für die Umstellung als angemessen erachtet (*RBOG Thurgau 1998 S. 74 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5P.112/2001 vom 27.8.2001, Erwägung 5 d; SJZ 99 [2003] S. 411*). Im vorliegenden Fall sind keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von dieser üblichen Frist nahelegen würden. Der Beginn der Frist ist auf die Einreichung des Eheschutzbegehrens (April 2005) zu legen, weil es der Gesuchstellerin spätestens ab diesem Zeitpunkt bewusst sein musste, dass zwei Haushalte Mehrkosten verursachen, die ein optimales Ausnützen der Arbeitskraft erforderlich machen. Es ist deshalb ab April 2006 von einem 100 % Pensum auszugehen. Basierend auf den jetzigen Einkommensverhältnissen errechnet sich für eine Vollzeitstelle ein Einkommen von rund Franken 3'710.--.

KGP 29.09.2005

3457

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen, auch wenn sie für die Entscheidung in der Sache nicht zuständig sind und diese sogar im Ausland geführt wird.

Sachverhalt:

Beide Parteien sind deutsche Staatsangehörige. Der Ehemann wohnt in Spanien, die Ehefrau in L. Die beiden minderjährigen Töchter halten sich bei ihrer Mutter in der Schweiz auf. Die Ehefrau hat am 29. Januar 2004 beim Kantonsgerichtspräsidium ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen eingereicht. Am 14. August 2003 hat der Ehemann beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin einen Antrag auf Ehescheidung gestellt. Die entsprechenden Schriftstücke sind der Ehefrau am 1. Dezember 2003 im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens ausgehändigt worden.

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 10 IPRG können die schweizerischen Gerichte vorsorgliche Massnahmen treffen, auch wenn sie für die Entscheidung in der Sache selbst nicht zuständig sind. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung können jedoch vorsorgliche Massnahmen im ausländischen Ehescheidungsverfahren in der Schweiz dann nicht erwirkt werden, wenn im ausländischen Staat auf vorsorgliche Massnahmen geklagt werden kann, ein allfälliger Massnahmenentscheid am Ort des Hauptprozesses bzw. in der Schweiz vollstreckt werden kann und keine Gefahr in Verzug ist (*ZR 100 Nr. 30 mit Hinweisen; D. Trachsel, Konkurrierende Zuständigkeiten in internationalen Familienrechtsfällen - einige praktische Hinweise, AJP 2003, S. 453 f.*) Nun gibt es aber eine Reihe von multi- und bilateralen Staatsverträgen, die dem IPRG vorgehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Dazu gehören etwa das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA) und das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988 (LugÜ).

1. In den Geltungsbereich des MSA fallen unter anderem Anordnungen über die Obhut und den persönlichen Verkehr zwischen Eltern und Kindern (*D. Trachsel, a.a.O., S. 445*).

Nach Art. 1 MSA sind die Gerichte desjenigen Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zum Erlass von Massnahmen zuständig. Im vorliegenden Fall wohnen die Kinder M. und J. im Kanton Appenzell A.Rh. Demzufolge sind die hiesigen Gerichte für die Regelung der Obhut und des Besuchsrechtes örtlich zuständig.

2. Auf Unterhaltsfragen ist das MSA dagegen nicht anwendbar (*Bundesgericht 5C.50/2000 vom 15. Mai 2000, E. 2 a/bb*). Trotzdem haben die schweizerischen Gerichte, sobald sie mit der Gestaltung der Elternrechte befasst sind, auch den Kinderunterhalt festzulegen. Zur Begründung kann auf Erwägung 2 a/bb des Entscheids des Bundesgerichts vom 15. Mai 2000 im Verfahren 5C.50/2000 verwiesen werden.

3. Bezüglich des Frauenunterhalts und des Prozesskostenvorschusses hingegen ist im Rahmen von Art. 10 IPRG zu entscheiden. Nach den Ausführungen oben unter Buchstabe a) könnte eine schweizerische Zuständigkeit unter anderem nur dann bejaht werden, wenn Gefahr im Verzug liegt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein unwiederbringlicher Rechtsverlust droht (*D. Trachsel, a.a.O., S. 453*). Einen solchen hat die Gesuchstellerin weder behauptet noch glaubhaft gemacht.

Im Übrigen kennt das deutsche Recht mit § 620 ZPO eine dem Art. 137 ZGB vergleichbare Regelung. Gründe dafür, dass das Amtsgericht Schöneberg nicht innert nützlicher Frist entscheiden würde, sind nicht ersichtlich. Schliesslich ist beachtlich, dass der Gesuchgegner in seinen Rechtsschriften mehrfach geäussert hat, die deutschen Gerichte seien für den Erlass von Massnahmen zuständig. Daraus ergibt sich, dass er sich auf einen Prozess vor den deutschen Gerichten einlassen will und damit die Zuständigkeit dieser Gerichte jedenfalls nach Art. 24 der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (*Verordnung [EG] Nr. 44/2001 vom 22.12.2000; EuGVVO, auch Brüssel I - Verordnung genannt*) gegeben ist.

Somit kann bezüglich des Frauenunterhalts und des Prozesskostenvorschusses mangels örtlicher Zuständigkeit auf das Gesuch nicht eingetreten werden.

KGP 21.06.2004

Vgl. hiezu auch den Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten vom 02.03.2005, Nr. 3469.

3458

Verwandtenunterstützung. Pensionierte Eltern für ihren 32-jährigen querschnittgelähmten Sohn. Günstige Verhältnisse (Art. 328 ZGB) bejaht.

Aus den Erwägungen:

1.1 Wer in günstigen Verhältnissen lebt, ist verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Die Unterhaltspflicht der Eltern und des Ehegatten bleibt vorbehalten (Art. 328 ZGB). Der Anspruch auf Unterstützung ist gegen die Pflichtigen in der Reihenfolge ihrer Erbberichtigung geltend zu machen und geht auf die Leistung, die zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist (Art. 329 Abs. 1 ZGB).

Erscheint die Heranziehung eines Pflichtigen wegen besonderer Umstände als unbillig, so kann das Gericht die Unterstützungspflicht ermässigen oder aufheben (Art. 329 Abs. 2 ZGB). Die Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes (Art. 279 ff.) und über den Übergang seines Unterhaltsanspruches auf das Gemeinwesen (Art. 289 ZGB) finden entsprechende Anwendung.

1.2 Die entscheidende Frage im vorliegenden Fall ist, ob die Beklagten in "**günstigen Verhältnissen**" leben.

- Nach Ansicht von *Thomas Koller (Basler Kommentar, N. 15 b zu Art. 328/329)* ist das Institut der Verwandtenunterstützungspflicht an sich problematisch und nicht mehr in die heutige Zeit passend. Deshalb sollte das Kriterium der "günstigen Verhältnisse" eng interpretiert werden. Unter günstigen Verhältnissen sei deshalb "*Wohlstand*" zu verstehen. Eine Leistungspflicht der Verwandten in gerader Linie bestehe nach neuem Recht mithin nur insoweit, als die Unterstützungsbeiträge *ohne wesentliche Beeinträchtigung einer wohlhabenden Lebensführung* aufgebracht werden könnten. Bei der Frage der günstigen Verhältnisse sei immer im Auge zu behalten, dass finanziell gut gestellte Personen mit bescheidener Lebenshaltung nicht schlechter gestellt werden dürfen als Personen, die ihre Mittel für einen aufwändigen Lebensstil (Reisen, Autos, Jacht etc.) ausgaben. Vor allem selbstgeäuftetes Vermögen solle daher nicht bzw. nur mit grosser Zurückhaltung berücksichtigt werden. *Etwas*

weniger Zurückhaltung möge bei ererbten Familienvermögen angebracht sein.

- Cyrill Hegnauer (Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, S. 241) führt aus, in günstigen Verhältnissen lebe, wer die Unterstützungsbeiträge ohne wesentliche Beeinträchtigung einer wohlhabenden Lebenshaltung aufbringen könne und über Mittel verfüge, welche den erweiterten Notbedarf beträchtlich überschritten.

- Alexandra Rumo-Jungo (Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., S. 466) vertritt die Ansicht, die pflichtige Person könne nur beigezogen werden, wenn sie selbst wohlhabend sei. Dies sei sowohl aufgrund des Einkommens wie auch des Vermögens zu ermitteln.

- Das Bundesgericht (Entscheid Nr. 5C.209/1999) führte aus, die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen beurteile sich nicht nur aufgrund des Einkommens, sondern auch des Vermögens; ein Anspruch auf ungeschmälerter Erhaltung des Vermögens bestehe nur dann, wenn die Unterstützung das eigene Auskommen des Pflichtigen schon in naher Zukunft gefährde.

Es stellt sich sodann die Frage, was denn zum Wohlstand gehört. Thomas Koller (Thomas Koller/Thomas Ackermann, Wann sie Verwandte unterstützen müssen, in: Jusletter 28. Mai 2001) beantwortet diese Frage, indem er ausführt, auch nach Eintritt eines Vorsorgefalles ausgerichtete Kapitaleistungen und Renten seien weitgehend zu schonen. Selbst geäuftetes Vermögen solle nur mit Zurückhaltung berücksichtigt werden, um nicht den früheren Konsumverzicht des Beklagten zu bestrafen und problematische Verhaltensanreize zu setzen. (...) Das Eigenheim müsse selbstverständlich nicht verkauft werden; unter Umständen könne allerdings verlangt werden, dass eine Hypothek aufgenommen werde.

Im Lichte dieser Lehrmeinung und Entscheide sind die Verhältnisse im vorliegenden Fall zu prüfen. Das Einkommen des Ehepaars Z. setzt sich wie folgt zusammen:

Einkommen	pro Monat	
AHV-Rente X.	Fr.	1'639.00
AHV Rente Y.	Fr.	1'586.00
Pensionskassenrente X.	Fr.	1'813.45
Einkommen aus Ferienwohnung (Fr. 4'235.-- für 6 Monate)	Fr.	705.00
Mieteinnahmen Wohnung S.	Fr.	1'600.00
Gutschrift G.S.	Fr.	122.80
Mutmasslicher Gewinn aus Ingenieur- büro	Fr.	375.00
Total	Fr.	7'841.25

Diesem Einkommen stehen die nachfolgend aufgeführten Ausgaben gegenüber. Dabei ist zu beachten, dass der monatliche Grundbedarf von Fr. 1'550.-- gemäss Richtlinien der Betriebsbeamten der Schweiz um 2/3 erhöht wurde:

Ausgaben	pro Monat	
Grundbedarf Ehepaar (Fr. 1'550.00 plus 2/3)	Fr.	2'573.00
Hypothekarkosten	Fr.	0.00
Nebenkosten: Fr. 5'191.20 : 6	Fr.	865.00
Krankenkassen	Fr.	727.20
Krankheitskosten 2004	Fr.	364.00
Haftpflicht- und Hausratversicherung	Fr.	100.00
Mobilität (2 x GA 2. Klasse : 12)	Fr.	500.00
Telefon / TV	Fr.	150.00
Steuern	Fr.	2'158.00
Total	Fr.	7'437.00

Dem Einkommen von Fr. 7'841.-- stehen demnach Ausgaben von Fr. 7'437.-- gegenüber.

Es resultiert demnach ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 400.-- pro Monat. Ob dieser Überschuss allein ohne Berücksichtigung

des Vermögens zu einer Verwandtenunterstützungspflicht führen könnte, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

Die Beklagten verfügen gemäss Steuererklärung 2004 über ein Vermögen von Fr. 2'281'024.--. Es trifft zu, dass sich das Vermögen gegenüber dem Steuerjahr 2003 um rund Fr. 380'000.-- verringert hat. Dies ist aber nicht auf notwendigen Vermögensverzehr zurückzuführen, sondern auf eine Neuschätzung von Liegenschaften. Per 30. Juni 2005 beträgt das Vermögen der Beklagten Fr. 2'395'000.--. Es trifft zu, dass ein beträchtlicher Teil des Vermögens der Beklagten in Liegenschaften investiert ist. Daneben verfügen die Beklagten aber über ein ansehnliches Barvermögen, das sich per 30.6.2005 wie folgt zusammensetzt:

Beilage 19	PC-Konto	Fr.	3'979.55
Beilage 20	Raiffeisen	Fr.	331'372.00
Beilage 21	Depot Post	Fr.	5'055.70
Beilage 22	Raiffeisen Y.	Fr.	127'785.41
Beilage 23	Gelbes Konto	Fr.	79'085.00
Beilage 24	Appenzeller Kantonalbank	Fr.	26'657.00
Beilage 28	Winterthur	Fr.	124'945.00
	SwissLife	Fr.	165.50
	Total	Fr.	699'045.41

Die Beklagten sind also ohne weiteres in der Lage, Fr. 500.-- an den Unterhalt ihres Sohnes aus dem Barvermögen zu bezahlen. Dazu müssen sie nicht einmal Hypotheken aufnehmen, wie dies sogar *Thomas Koller (vgl. oben)*, der dem Institut der Verwandtenunterstützung äusserst kritisch gegenübersteht, vorschlägt. Zieht man weiter in Betracht, dass Y. Erbschaften von Fr. 78'213.-- und X. von Fr. 116'818.-- zugefallen sind, und dass bei derartigen Erbschaften weniger Zurückhaltung geboten ist (*vgl. Thomas Koller, oben*), ist festzuhalten, dass die Beklagten in sehr günstigen Verhältnissen leben. Sie sind im Lichte von Art. 328 ZGB in der Lage monatlich ab dem 1. Juni 2005 Fr. 500.-- an den Unterhalt ihres Sohnes beizutragen. Allein aus den Erbschaften kann der Unterhaltsbeitrag für den Sohn mehrere Jahrzehnte bezahlt werden.

1.3 Abschliessend ist zu prüfen, ob eine Heranziehung der pflichtigen Eltern wegen **besonderer Umstände** als unbillig erscheint (vgl. Art. 329 Abs. 2 ZGB).

- Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Richter bei der vom Gesetz explizit verlangten Würdigung der besonderen Umstände nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Dies ermögliche es ihm, kasuistisch eine den besonderen Verhältnissen angepasste Lösung zu finden (*BGE 5C.209/1999*). Zu den besonderen Umständen ist vor allem das persönliche Verhältnis zwischen dem Unterstützungspflichtigen und dem Unterstützungsbedürftigen zu zählen, so etwa, wenn die persönliche Beziehungen durch das Verhalten des Bedürftigen ernsthaft gefährdet ist, weil er seine familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Pflichtigen verletzt hat. Daneben gehört aber auch das Fehlen jeglicher persönlicher Beziehung zu den besonderen Umständen, welche die Unterstützungspflicht als unbillig erscheinen lassen (*BGE 5C.298/2001*).

- Nach Hegnauer können besondere Umstände namentlich in der persönlichen Beziehung des Unterstützungspflichtigen und des Unterstützungsbedürftigen liegen. So wenn sie durch das Verhalten des Bedürftigen ernstlich gestört ist, weil er seine eigenen familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Schuldner verletzt hat. (...) Nicht unbillig erscheint es, wenn die Eltern an die Kosten der Anstaltsversorgung ihres Sohnes beitragen müssen (*Hegnauer, a.a.O., S. 242*).

- Nach *Koller* ist die Unbilligkeit im Sinne dieser Bestimmung weit zu verstehen, so etwa, wenn zwischen den Betroffenen jegliche persönliche Beziehungen fehlt, wenn der Berechtigte dem Pflichtigen nach dem Leben getrachtet hat oder wenn der Ansprecher sich eine Zweitausbildung finanzieren lassen will (*Basler Kommentar, a.a.O., N. 19 zu Art. 328/329*).

Im vorliegenden Fall liegen keine derartigen Gründe vor, die die Heranziehung der Pflichtigen als unbillig erscheinen liessen. Es wurde insbesondere nicht geltend gemacht, die Beziehung zwischen Sohn und Eltern sei schlecht. Ob es gerecht ist, dass Eltern, die ihrem Kind schon derart lange Pflege und Betreuung zukommen liessen, auch noch zu Unterhalt gegenüber dem volljährigen Sohn herangezogen werden, hat nicht der Unterzeichner zu entscheiden. Die heutige Gesetzeslage ist klar und es steht dem Richter nicht zu, Gesetzes-

bestimmungen einfach nicht mehr anzuwenden. Eine Änderung könnte nur durch eine Gesetzesänderung erreicht werden.

2. Die Klägerin verlangt überdies, die Beklagten seien zu verpflichten, die für ihren Sohn in der Zeit von Oktober 2004 bis Ende Mai 2005 bereits ausgerichteten Fürsorgeleistungen von Fr. 18'000.-- innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zurückzuzahlen.

Die Beklagten machen geltend, die Klägerin habe es unterlassen, die Bezahlung des geforderten Betrages zu beweisen und aufzuschlüsseln, für welche Zeitperiode die Unterstützung bezahlt worden sei. Überdies könnten nur Leistungen zurückgefordert werden für ein Jahr vor der Klageerhebung.

2.1 Art. 329 Abs. 3 ZGB verweist auf Art. 279 ff. ZGB. Danach kann das Kind auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide klagen. Daraus schliesst auch *Thomas Koller*, dass Unterstützungsbeiträge nach Art. 328 ff. ZGB nur für die Zukunft sowie für ein Jahr vor der Klageerhebung eingeklagt werden können (*Basler Kommentar, a.a.O., N. 29 zu Art. 328/329*).

2.2 Im vorliegenden Fall wurde die Klage am 24. Mai 2005 angehoben. Demnach sind Zahlungen der Klägerin im Zeitraum vom 24. Mai 2004 bis 24. Mai 2005 zu berücksichtigen. Aus act. 23 ergibt sich, dass die Klägerin im erwähnten Zeitraum Fr. 17'500.-- für den Sohn der Beklagten bezahlt hat. Die Beklagten sind demnach unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 17'500.-- innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zurückzubezahlen.

KGP 15.11.2005

3459

Arbeitsvertrag. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Ersatz für entgangenen Verdienst (Art. 337 c Abs. 1 OR). Entschädigung (Art. 337 c Abs. 3 OR). Aktivlegitimation der Arbeitslosenkasse.

Sachverhalt:

Die Klägerin 1 hat am 15. September 2003 bei der Beklagten eine Stelle angetreten. Gemäss dem am 17. September 2003 unterzeich-

neten schriftlichen Arbeitsvertrag verpflichtete sich die Klägerin 1 während 5 bis 10 Nächten pro Monat zur Leistung des Nachtpiketts im Altersheim X. Mit Schreiben vom 8. November 2004 haben der Präsident der Altersheimkommission sowie der Heimleiter namens der Beklagten das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin 1 fristlos aufgelöst.

Aus den Erwägungen:

1. Zu prüfen ist vorerst die Aktivlegitimation der Arbeitslosenkasse als Klägerin 2. Art. 29 AVIG regelt insbesondere den Forderungsübergang an die Arbeitslosenkasse. Er lautet u.a: "Hat die Kasse begründete Zweifel darüber, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Artikel 11 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a oder b aus. Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten ... auf die Kasse über." Man spricht von einer Legalzession. Erhebt der Arbeitnehmer eine Leistungsklage, so kann er nicht mehr den ganzen Lohn selber einklagen, sondern nur den Rest (so *Semjud* 1986, S. 305). Die Arbeitslosenversicherungskasse muss ihrerseits den anderen Teil der Lohnforderung einklagen (*Streff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992, N. 11 zu Art. 337c OR*).

Aufgrund dieser Legalzession ist die Arbeitslosenkasse im Prozess aktivlegitimiert im Ausmass der von ihr geleisteten Zahlungen. Sie ist damit berechtigt, als Partei selbständig am Prozess teilzunehmen. Es liegt - gestützt auf Art. 59 ZPO - ein partieller Parteiwechsel vor. Unter der Veräusserung des Streitgegenstandes, welche den Parteiwechsel auch ohne Zustimmung der Gegenpartei zulässt, ist nämlich nicht nur die rechtsgeschäftliche zu verstehen, sondern auch eine solche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder der Legalzession (*Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N. 2 zu § 49 ZPO*).

Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 AVIG und Art. 59 ZPO muss dem Antrag der Arbeitslosenkasse auf Prozessbeitritt als selbständige Partei entsprochen werden.

2.1 Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben

die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2); der Richter entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Abs. 3). Dabei verlangt der Billigkeitsentscheid, dass alle wesentlichen Umstände des konkreten Falles beachtet werden (*BGE 116 II 149 E. 6 a*). Die für die fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so schwer zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (*BGE 116 II 144 E. c, mit Hinweisen*). Anerkannt ist, dass bei der Annahme eines wichtigen Grundes Zurückhaltung geboten und ein strenger Massstab anzulegen ist (*Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 337 OR; C. Decurtins, Die fristlose Entlassung, Bern 1981, S. 17*).

Die Beklagte hat zu beweisen, dass die fristlose Entlassung aus einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung gemäss Art. 337c OR vor.

2.2 Auslöser für die Entlassung der Klägerin 1 bildeten Drohungen, die gegenüber dem Leiter des Heimes anonym ausgestossen worden waren. Die Vertreter der Beklagten haben angenommen, die Klägerin 1 sei möglicherweise Urheberin der Drohungen. Unter anderem gestützt auf diesen Verdacht haben sie die fristlose Entlassung ausgesprochen. Auch bei einer Verdachtskündigung liegt die Beweislast aber beim Kündigenden: Er hat die Verdachtsgründe zu beweisen (*Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 337 OR; Rehbindler, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 337 OR*). Diesen Beweis hat die Beklagte bisher nicht geführt.

2.3 Zur Begründung der fristlosen Entlassung hat die Beklagte weitere Gründe geltend gemacht: Mobbing und illoyales Verhalten gegenüber dem Heimleiter-Team. Dieses Verhalten der Klägerin 1 soll sich nach den Ausführungen der Beklagten über mehrere Monate hingezogen haben. Die Beklagte hat aber weder behauptet noch dargelegt, dass bezüglich der eben genannten Gründe am 8. November 2004 eine Notwendigkeit für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestanden hat. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass eine fristlose Entlassung nur gerechtfertigt ist, wenn dem Arbeitgeber die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses, etwa bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht zumutbar ist. Gemäss dem schrift-

lichen Arbeitsvertrag beträgt die Kündigungsfrist 2 Monate. Diese zwei Monate abzuwarten wäre der Beklagten angesichts des Umstandes, dass das kritisierte Verhalten bereits mehrere Monate gedauert haben soll, zumutbar gewesen. Die Beklagte hätte es auch in der Hand gehabt, durch eine Verwarnung (Androhung der **fristlosen** Entlassung bei Zuwiderhandlung gegen ein konkretes Verbot oder Gebot) auf das Verhalten der Klägerin 1 Einfluss zu nehmen. Nach einer Verwarnung und nach einem weiteren Fehlverhalten der Klägerin 1 wäre die Beklagte dann ohne Weiteres berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen (vgl. auch *Humbert, Rechtliche Aspekte des Mobbing*, in: *TREX 2004*, S. 82f). Die Behauptung der Beklagten in der Klageantwort, wonach die Klägerin 1 verwarnt worden sei, findet im polizeilichen Einvernahmeprotokoll der Klägerin 1 vom 12. November 2004 keine Stütze. Allgemeine Hinweise des Heimleiters an die Klägerin 1, dass bei Problemen mit seiner Führung oder bei Problemen am Arbeitsplatz eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen sei, stellen keine Verwarnung im Sinne des Art. 337 OR dar.

Zusammenfassend ergibt sich, dass keine genügenden Gründe für eine fristlose Entlassung der Klägerin 1 bestanden haben.

3.1 Die Folgen einer ungerechtfertigten, fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber sind unter anderem in Art. 337c Abs. 1 OR geregelt: "Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre."

Beim Ersatzanspruch nach Absatz 1 handelt es sich nicht um einen Lohn-, sondern um einen Schadenersatzanspruch. Der Schaden umfasst alle Lohnbestandteile. Ein Abzug wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers ist unzulässig (*Rehbinder, a.a.O., N. 4 zu 337c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu 337c OR*). Der Schaden ist sofort fällig. Abzuziehen sind die Sozialversicherungsabzüge (*Rehbinder, a.a.O., N. 6 zu 337c OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 15 zu 337c OR*).

3.2 Gemäss dem Arbeitsvertrag vom 17. September 2003 kann mit einer Frist von zwei Monaten auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Ausgehend von der am 8. November 2004 ausgesprochenen Kündigung hätte das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise

Ende Januar 2005 geendet. Bis zu diesem Zeitpunkt steht der Klägerin 1 Anspruch auf eine Entschädigung im Umfang der früheren Lohnzahlungen zu.

3.3 Auf die Klägerin 2 geht der Anspruch auf den Brutto-Lohn über (weil als Zahlungen im Sinne von Art. 29 AVIG auch die Zahlungen von Beiträgen an andere Sozialversicherungen zu gelten haben). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 2 von der Beklagten jedoch nur den Ersatz der Netto-Beträge verlangt. Da arbeitsrechtliche Streitigkeiten der Dispositionsmaxime unterstehen, kann der Klägerin 2 nicht mehr zugesprochen werden, als sie verlangt (Art. 102 Abs. 2 ZPO; *M. Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1988, N. 6 zu Art. 102*). Für die von der Klägerin 2 vorgenommenen Sozialversicherungsabzüge liegt demnach ein Verzicht vor. Gleiches gilt für den Verzugszins, den die Klägerin 2 nicht verlangt hat. Im übrigen kann dem Rechtsbegehren der Klägerin 2 entsprochen werden.

4. Die Klägerin 1 verlangt sodann eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von 6 Monatslöhnen.

4.1 Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter dem Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers eine Entschädigung zusprechen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt, die aber den Lohn für 6 Monate nicht übersteigen darf.

Wie aus der Entstehungsgeschichte ersichtlich ist, hat die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR sowohl Straf- als auch Genugtuungscharakter. Obwohl die vorgeschlagene Bestimmung entgegen der Botschaft des Bundesrates schliesslich als Kann-Vorschrift ausgestaltet wurde und von maximal 12 auf 6 Monatslöhne herabgesetzt wurde, blieb als Regel anerkannt, dass die fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund dem Arbeitnehmer Unrecht tut, ihn in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, seinen Ruf beeinträchtigt und daher eine Entschädigung rechtfertigt, ohne dass der Richter im Einzelfall die Persönlichkeitsverletzung und deren Grad abzuklären hat. Die abgeänderte Fassung soll es dem Richter bloss ermöglichen, in aussergewöhnlich gelagerten Fällen ausnahmsweise von dieser Entschädigung abzusehen, statt eine symbolische Entschädigung zusprechen zu müssen (*BGE 123 V 5 und 116 II 300 ff.*).

Entsprechend der neueren Baselstädtischen Praxis (*vgl. BJM 2004 S. 39*) ist für die Bemessung der Entschädigung von einem Grundbetrag von 3 Monatslöhnen auszugehen. Dieser Grundbetrag ist ent-

sprechend den konkreten Umständen nach oben oder nach unten anzupassen. Zu berücksichtigen sind dabei etwa die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, die Schwere der Persönlichkeitsverletzung, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, die finanzielle Situation der Parteien und die Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers (*BGE 123 III 391, 121 III 64, 120 II 243, 116 II 300*).

4.2 Der der Klägerin 1 von der Beklagten angelastete Drohungsverdacht, der nicht erhärtet werden konnte, ist als erhebliche Verletzung der Persönlichkeit der Klägerin 1 zu qualifizieren, insbesondere auch deshalb, weil der Vorwurf auch nach aussen kommuniziert worden ist. Dies wirkt sich bezüglich der Entschädigung erhöhend aus. Ohne Einfluss ist die Situation der Klägerin 1 nach der Kündigung, hat sie doch gemäss eigenen Angaben bereits im Februar 2005 wieder gearbeitet und seit März 2005 eine neue feste Stelle. Ebenfalls keinen Einfluss hat das Dienstalder der Klägerin 1 (*BGE 116 II 302*). Zu einer Reduktion der Entschädigung führt ein Mitverschulden der Klägerin 1. Das von der Zeugin A. gezeichnete Bild der Klägerin 1 stützt teilweise die Vorwürfe der Beklagten bezüglich eines unkorrekten Verhaltens. Auf die Zeugin A. kann auch deshalb abgestellt werden, weil die Zeugin B. immerhin die Grundproblematik im Altersheim X. bestätigt hat.

Unter den geschilderten Umständen steht der Klägerin 1 zweifellos ein Anspruch auf eine Entschädigung zu. Die die Klägerin belastenden Umstände sind etwas schwerer zu gewichten als die entlastenden. Angemessen erscheint deshalb eine Entschädigung von 2 ½ Monatslöhnen, d.h. einen halben Monatslohn unter dem Grundbetrag. Auszugehen wäre vom Bruttolohn (*Rehbinder, a.a.O., N. 9 am Schluss zu Art. 337c OR*). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 1 von der Beklagten jedoch Netto-Löhne verlangt. Da arbeitsrechtliche Streitigkeiten der Dispositionsmaxime unterstehen, ist vom Antrag der Klägerin 1 auszugehen (*Art. 102 Abs. 2 ZPO; M. Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1988, N. 6 zu Art. 102*). Ein Zins ist nicht verlangt worden, weshalb ein solcher nicht zuzusprechen ist.

5. Die Klägerin 1 hat schliesslich den Antrag gestellt, es sei festzustellen, dass sie frei von jeglicher Verpflichtung sei.

Gemäss einem klaren Grundsatz des Zivilprozessrechts müssen Anträge so formuliert sein, dass sie bei Gutheissung zum Urteilspruch erhoben werden können. Dies ist im vorliegenden Fall nicht

möglich, weil etwa die der Klägerin 1 obliegende Geheimhaltungspflicht auch nach der Entlassung fort dauert (*Art. 321a Abs. 4 OR; Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 13 zu Art. 321a OR*) und sie somit nicht frei von **jeglicher** Verpflichtung ist.

KGP 30.05.2005

3460

Arbeitsvertrag. Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber (Art. 336c OR)

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2. bis und mit dem 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächsten Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

Die Klägerin macht geltend und stützt sich dabei auf ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. S., dass sie während der Kündigungsfrist am 3. September 2004 arbeitsunfähig gewesen sei. Die Kündigungsfrist habe sich daher nach Art. 336c Abs. 2 OR um einen Tag verlängert, was gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR zu einem Lohnanspruch für den ganzen Monat Oktober 2004 geführt habe.

2. Die Vorinstanz ist dieser Betrachtungsweise gefolgt und hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass Dr. med. S. in seiner schriftlichen Auskunft zum Arzzeugnis erklärt habe, die Klägerin habe am 3. September 2004 die Gemeinschaftspraxis aufgesucht und sei von seinem Praxiskollegen Dr. med. P. untersucht worden. Dr. P. habe einen Teil der Beschwerden (Rhagaden) persönlich feststellen können und habe dann eine eintägige Arbeitsunfähigkeit für angezeigt erachtet. Dr. P. habe am 3. September 2004 in der Krankengeschichte der

Klägerin entsprechende Einträge vorgenommen. Bei kurzen Arbeitsunfähigkeiten sei es nicht üblich ein Zeugnis auszustellen. Die Klägerin habe dann erst am 22. Oktober 2004 ein Zeugnis verlangt. Aufgrund der Einträge seines Praxiskollegen habe er dem Ersuchen entsprochen. Aufgrund dieser Ausführungen von Dr. med. S., so die Vorinstanz, sei ausgewiesen, dass die Klägerin am 3. September 2004 aufgrund körperlicher Beschwerden nicht arbeitsfähig gewesen sei. Der späte Termin der Ausstellung des Kurzzeugnisses sei nachvollziehbar und habe keinerlei Einfluss auf die Beurteilung des Inhalts. Insbesondere handle es sich bei diesem Zeugnis nicht um eine in der Praxis leider immer wieder anzutreffende Erklärung, die lediglich aufgrund einer telefonischen Schilderung der Patientin abgegeben werde. Aufgrund der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit habe sich das Arbeitsverhältnis bis Ende Oktober 2004 verlängert. Bei einer bloss eintägigen Arbeitsunfähigkeit möge dieses Ergebnis unbefriedigend sein, sei jedoch vom Gesetzgeber so gewollt. Die Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bedeute aber nicht ohne weiteres, dass die Klägerin auch während der verlängerten Kündigungsfrist einen Lohnanspruch habe. Komme nämlich der Arbeitnehmer während dieser Zeit seiner Arbeitspflicht nicht nach, so gerate er in Verzug. Andererseits könne aber auch der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten und zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet sein, obwohl der Arbeitnehmer nicht gearbeitet habe. Auf ausdrückliche Befragung hätten die Klägerin und der Vertreter der Beklagten anlässlich der mündlichen Verhandlung übereinstimmend angegeben, dass die Klägerin im Oktober habe arbeiten wollen, dass die Beklagte dies aber abgelehnt habe. Es liege somit ein Fall des Arbeitgeberverzugs vor und die Klägerin habe auch für den Oktober 2004 einen Lohnanspruch.

3. Die Beklagte hat den Erwägungen der Vorinstanz in der Appellationserklärung im Wesentlichen entgegengehalten, dass die Klägerin am 3. September 2004 von 09.00 bis 14.00 Uhr regulär gearbeitet habe. Sie habe sich erst für die Abendschicht von 18.00 bis 23.00 Uhr telefonisch abgemeldet. Die Vorinstanz sei also fälschlicherweise von einer „eintägigen“ Arbeitsunfähigkeit ausgegangen. Eine Verlängerung der Kündigungsfrist um einen ganzen Monat nur wegen einer Abwesenheit von fünf Stunden widerspreche der ratio legis des zeitlichen Kündigungsschutzes. Es habe nämlich keine Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin bestanden. Sie habe sich zum vornherein nur für einige Stunden telefonisch

abgemeldet. Bei den vorliegenden Rhagaden, also kleinen Einrissen in den Fingerkuppen, und dem nicht objektivierbaren Kopfweh der Klägerin mit einer Absenz von bloss fünf Stunden könne von einer unbedeutenden gesundheitlichen Beeinträchtigung ausgegangen werden, welche die Besetzung einer neuen Stelle in keiner Weise habe behindern können. Hätte die Klägerin dem Anforderungsprofil eines potentiellen Arbeitgebers entsprochen, so wäre sie auch wegen dieser fünfstündigen Absenz eingestellt worden, zumal es sich um eine minime gesundheitliche Beeinträchtigung gehandelt habe.

4. In Art. 336c OR regelt das Gesetz den zeitlichen Kündigungsschutz zu Gunsten des Arbeitnehmers. Es sieht in Abs. 1 Kündigungssperrfristen für vier Tatbestände vor. Das Gesetz (Abs. 1 lit. b) gewährt Schutz während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist nur dann nicht anwendbar, wenn sich die gesundheitliche Beeinträchtigung als so unbedeutend erweist, dass sie die Annahme einer neuen Anstellung in keiner Weise zu hindern vermag (*Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel/Genf/München 2003, Art. 236c N. 6*). Die Bestimmung bezweckt einerseits den Schutz jenes Arbeitnehmers, der sich wegen seiner Krankheit oder seines Unfalls nicht nach einer neuen Stelle umsehen kann. Andererseits soll ihm die Sperrfrist aber auch ermöglichen, eine Stelle überhaupt zu finden und diese auf den normalen Stellenänderungstermin antreten zu können. Die Bestimmung ist also auch bei einer beispielsweise bloss 20%-igen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers anwendbar, sofern sich ergibt, dass sie seine Anstellung durch einen möglichen künftigen Arbeitgeber im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit auf den Zeitpunkt der ordentlichen Kündigungsfrist als höchst unwahrscheinlich erscheinen lässt (*Denis Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Winterthur 1991, S. 137*).

Die Rückfrage der Vorinstanz bei Dr. med. S. hat ergeben, dass die Klägerin am 3. September 2004 tatsächlich nur an einer geringen Gesundheitsschädigung gelitten hatte. Ihre Morgenschicht hat sie normal absolviert und hat sich dann auf ärztliche Empfehlung hin für die Abendschicht telefonisch abgemeldet. Das war durchaus zweckmässig und sachgerecht. Es war notwendig, dass sie ihre Hände mit

der von Dr. med. P. abgegebenen Salbe an jenem Abend und an den folgenden zwei Ruhetagen (Samstag/Sonntag) pflegte. Am Montag, 6. September 2004, hat die Klägerin ihre Arbeit in normalem Umfange wieder aufgenommen. Weitere Gesundheitsschäden bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sind nicht aktenkundig. Unter diesen Gegebenheiten ist tatsächlich nicht ersichtlich, wie sich der minimale Arbeitsunterbruch vom 3. September 2004, 18.00 Uhr bis 23.00 Uhr, auf die (weitere) Stellensuche oder die Annahme einer neuen Anstellung der Klägerin negativ ausgewirkt haben könnte. Aufgrund der notwendigen und zweckmässigen Behandlung durch Dr. med. P. waren die Handprobleme der Klägerin bis am Montag ausgeheilt und sie konnte ihre nur während fünf Stunden beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit dann bis zum Ende der Kündigungsfrist wieder voll auswerten. Nachdem die Klägerin bereits am Montag wieder genesen war, bestand auch keine Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit mehr, die eine Anstellung durch einen möglichen künftigen Arbeitgeber beeinträchtigt hätte (*Denis Humbert, a.a.O., S. 137*). Damit steht aber fest, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung der Klägerin so unbedeutend war und so schnell wieder geheilt werden konnte, dass die Annahme einer neuen Anstellung durch den kurzen Gesundheitsschaden in keiner Weise behindert war. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR kommt in dieser Situation nicht zu Anwendung, weshalb sich der unbedeutende Gesundheitsschaden auf den Ablauf der Kündigungsfrist nicht ausgewirkt und die Klägerin keinen Lohnanspruch für den Monat Oktober 2004 hat.

OGP 05.12.2005

3461

Arbeitsvertrag. Gerechtfertigte fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Enthält ein Arbeitsvertrag die Bestimmung, dass Alkoholkonsum während der Arbeitszeit einen Grund für eine fristlose Entlassung darstellt, bindet dies den Richter nicht. Der Richter hat vielmehr im Einzelfall zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Vor dem Hintergrund, dass dem Arbeitgeber vor der Anstellung des Arbeitnehmers bekannt war, dass dieser früher ein Alkoholproblem hatte und er ihm trotzdem eine Chance geben wollte, kann die Regelung im Arbeitsvertrag als echte Verwarnung qualifiziert werden. Bei bekannter Problematik vom Arbeitgeber zu verlangen, erst ein Fehlverhalten während des Arbeitsverhältnisses abwarten zu müssen, um eine Verwarnung aussprechen zu dürfen, wäre nicht sachgerecht und erschiene als überspitzter Formalismus.

Sachverhalt:

Gestützt auf den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.7.2003 hat der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend Kläger genannt) am 8.7.2003 bei der Beklagten und Widerklägerin (in der Folge als Beklagte bezeichnet) eine Stelle als Monteur angetreten. Der vertragliche Lohnanspruch des Klägers betrug Fr. 32.25 brutto bzw. Fr. 25.50 netto pro Stunde. Der Arbeitsvertrag enthält sodann die folgenden beiden Regelungen:

"Im Lohn enthalten sind: eigenes Natel auf Mann, inkl. Gebühren"

"Alkoholkonsum während der Arbeitszeit wird nicht toleriert und als Grund für eine fristlose Entlassung akzeptiert!"

Am 30.6.2004 sprach die Beklagte die fristlose Kündigung aus.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2); der Richter entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Abs. 3). Dabei verlangt der Billigkeitsentscheid, dass alle wesentlichen Umstände des konkreten Falles beachtet werden (*BGE 116 II*

149 E. 6 a). Die für die fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so schwer zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 144 E. c, mit Hinweisen). Anerkannt ist, dass bei der Annahme eines wichtigen Grundes Zurückhaltung geboten und ein strenger Massstab anzulegen ist (*Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 337 OR; C. Decurtins, Die fristlose Entlassung, Bern 1981, S. 17*). Ebenfalls anerkannt ist, dass die Voraussetzungen einer fristlosen Entlassung nicht vertraglich im Voraus verbindlich festgesetzt werden können (*C. Decurtins, a.a.O., S. 21 ff.*).

Die Beklagte hat zu beweisen, dass die fristlose Entlassung aus einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung im Sinne von Art. 337c OR vor. Anerkannt ist in Lehre und Rechtsprechung, dass Kündigungsgründe nachgeschoben werden können (*Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 19 zu Art. 337 OR*), wenn sie bereits vor dem Aussprechen der Kündigung bestanden haben, aber erst nachher festgestellt werden.

Die Beklagte begründet die fristlose Entlassung heute in erster Linie damit, der Kläger habe während der Arbeitszeit Alkohol konsumiert. Der Kläger hat dies anfänglich bestritten, anlässlich der Hauptverhandlung aber zugegeben, während der Arbeitszeit Bier getrunken zu haben.

Der Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten enthält, wie bereits ausgeführt, die Bestimmung, dass Alkoholkonsum während der Arbeitszeit einen Grund für eine fristlose Entlassung darstelle. Es ist ebenfalls bereits festgehalten worden, dass eine derartige Bestimmung den Richter nicht bindet. Der Verstoss des Klägers gegen das Alkoholverbot zieht also nicht automatisch die fristlose Entlassung nach sich. Der Richter hat vielmehr im Einzelfall zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Immerhin kann ein arbeitsvertragliches Verbot einen Anhaltspunkt dafür bieten, was in der betreffenden Branche als schwerwiegender Verstoss angesehen wird (*C. Decurtins, a.a.O., S. 21*).

Nach einhelliger Meinung kann Alkohol am Arbeitsplatz zur fristlosen Entlassung führen (*vgl. etwa Decurtins, a.a.O., S. 127ff*), wobei in

der Regel eine vorherige schriftliche Verwarnung verbunden mit der Entlassungsandrohung im Wiederholungsfall zu erfolgen hat.

Es ist unbestritten, dass während des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten keine Verwarnungen bezüglich des Alkohols ausgesprochen worden sind. Hingegen haben sie bereits am Anfang des Arbeitsverhältnisses die mehrfach erwähnten Regelung im Arbeitsvertrag getroffen. Die Beklagte hat die eher unübliche Regelung anlässlich der Hauptverhandlung damit begründet, es sei ihr bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt gewesen, dass der Kläger ein Alkoholproblem gehabt habe. Trotzdem habe man ihm eine Chance geben wollen. Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass sich der Kläger während der Arbeitszeit jeglichen Alkoholkonsums enthalte. Vor diesem Hintergrund kann die Regelung im Arbeitsvertrag als echte Verwarnung qualifiziert werden, wobei das Fehlverhalten, das zur Verwarnung Anlass gegeben hat, bereits vor dem Arbeitsantritt stattgefunden hat. Bei bekannter Problematik vom Arbeitgeber zu verlangen, erst ein Fehlverhalten während des Arbeitsverhältnisses abwarten zu müssen, um eine Verwarnung aussprechen zu dürfen (bzw. zu müssen), wäre nicht sachgerecht und erschiene als überspitzter Formalismus.

Der Kläger hat, obwohl er im Arbeitsvertrag darauf hingewiesen worden ist, dass Alkoholkonsum während der Arbeitszeit die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben kann, gegen das Alkoholverbot verstossen. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger am 30.6.2004 durch die Beklagte erweist sich damit als berechtigt. Damit aber steht dem Kläger für den Juli 2004 kein Lohn mehr zu.

Nur am Rande sei vermerkt, dass der Kläger das Angebot der Beklagten (in deren Schreiben vom 6.7.2004) auf Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis Ende Juli 2004 nicht angenommen hat.

KGP 24.11.2004

3462

Arbeitsvertrag. Konsum von Cannabis und Alkohol am Arbeitsplatz als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung einer Service-Angestellten (Art. 337 OR).

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2); der Richter entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Abs. 3). Dabei verlangt der Billigkeitsentscheid, dass alle wesentlichen Umstände des konkreten Falles beachtet werden (*BGE 116 II 149 E. 6 a*). Die für die fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so schwer zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (*BGE 116 II 144 E. c, mit Hinweisen*). Anerkannt ist, dass bei der Annahme eines wichtigen Grundes Zurückhaltung geboten und ein strenger Massstab anzulegen ist (*Streff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 337 OR; C. Decurtins, Die fristlose Entlassung, Bern 1981, S. 17*).

Die Beklagte hat zu beweisen, dass die fristlose Entlassung aus einem wichtigen Grund im Sinne vom Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung im Sinne von Art. 337c OR vor.

2. Die Beklagte begründet die fristlose Entlassung damit, die Klägerin habe im Restaurant Drogen und Alkohol konsumiert und aus der Kasse einen Betrag von mindestens Fr. 3'269.20 entwendet. Die Klägerin bestreitet diese Vorwürfe.

2.1 Hinsichtlich des Drogenkonsums hat der Vertreter der Beklagten auf Befragung an Schranken angegeben, ihm sei zugetragen worden, dass die Klägerin Joints geraucht habe. Er selber habe keine Beobachtungen gemacht.

In seinem Entscheid vom 8.10.2002 unter der Verfahrensnummer 4C.112/2002 hat das Bundesgericht folgendes ausgeführt:

"In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden können, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an. Während zum Beispiel ein Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund darstellt, kann es sich bei blossen Übertretungen im Sinne von Art. 101 StGB wie etwa Beschimpfungen oder Tätlichkeiten anders verhalten (*Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Aufl., Bern 1996, N. 2 zu Art. 337 OR, S. 361 f.; *StaeHELIN, Zürcher Kommentar*, N. 22 zu Art. 337 OR; *Streff/von Kaelin, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 5 zu Art. 337 OR; *Rehbinder, Berner Kommentar*, N. 9 zu Art. 337 OR; *WYLER, Droit du travail*, Bern 2002, S. 366 f.; *BGE 127 III 351 E. 4b/dd; Urteil 4C.103/1999 vom 9. August 1999 E. 1, publ. in Pra 2000, Nr. 11, S. 56 ff.; BGE 124 III 25 E. 3 a und b; BGE 121 III 467 E. 5b; BGE 116 II 145 E. 6b; JAR 2002 280 ff., 290 ff.*)

Das unbefugte Konsumieren von Betäubungsmitteln ist gemäss Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (SR 812.121) strafrechtlich ein Übertretungstatbestand. Wie bei anderen solchen Tatbeständen muss bei der Beurteilung, ob er eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung zu rechtfertigen vermag, auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Es ist danach zu fragen, ob sich der Vorfall nach objektiver Wertung derart negativ auf die Arbeitsqualität, auf das Arbeitsklima oder auf das Ansehen des Arbeitgebers bei Dritten ausgewirkt hat, dass diesem die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten ist."

Im vorliegenden Fall stehen keine harten Drogen zur Diskussion. Es geht lediglich um das Rauchen von Joints, d.h. den Konsum von Cannabis-Produkten. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass der behauptete Drogenkonsum die Arbeitsleistungen der Klägerin beeinflusst oder Auswirkungen auf das Arbeitsklima gehabt hätte. Hingegen kann ohne weiteres festgestellt werden, dass eine kiffende Serviertochter dem Ansehen ihres Arbeitgebers schaden kann. Angesichts der seit langem und breit geführten Diskussion über die Liberalisierung des Konsums von Hanfprodukten sowie des Umstandes, dass das Kiffen in der Öffentlichkeit weit verbreitet ist, muss bei einer

kiffenden Serviertochter vor einer fristlosen Entlassung eine vorgängige Abmahnung verlangt werden. Die Beklagte behauptet zwar, die Klägerin verwarnt zu haben, konnte dafür aber keine Beweise nennen. Selbst wenn also der von der Klägerin bestrittene Vorwurf des Rauchens von Joints zutreffen sollte, wäre die fristlose Entlassung mangels vorheriger Verwarnung nicht zulässig gewesen.

2.2 Mit Bezug auf den Griff der Klägerin in die Kasse hat die Beklagte darlegen lassen, dass der Barbestand nicht mit dem Kassensstreifen übereingestimmt habe. Es gebe aber keine Beweise dafür, dass und wie das Geld verschwunden sei.

Mangels Beweisen ist auf dieses Vorbringen nicht näher einzugehen. Anzuführen ist, dass aus den Unterlagen, bei denen es sich um Aufschriebe der Beklagten handelt, bezüglich einer möglichen Täterschaft nichts abgeleitet werden kann.

2.3 Verbleibt der Vorwurf des Alkoholkonsums. Der Vertreter der Beklagten war an Schranken nicht in der Lage, diesen Vorwurf zu konkretisieren. Wenn die Beklagte der Meinung sein sollte, eine Serviertochter dürfe an ihrem Arbeitsplatz überhaupt keinen Alkohol trinken, müsste sie dafür eine Grundlage haben. Eine solche ist aber nicht ersichtlich und wurde auch vom Vertreter der Beklagten nicht genannt. Es ist doch im Gegenteil so, dass es nicht selten vorkommt, dass in Restaurants mit Alkoholausschank auch das Servierpersonal Alkohol konsumiert, sei es zum Beispiel, weil sich dies in einer Stammtischrunde aufdrängt oder weil von einem Gast eine Einladung ausgesprochen worden ist. Sicher nicht tolerieren muss der Arbeitgeber aber übermässigen Alkoholkonsum. Nach einhelliger Meinung kann denn auch Alkohol am Arbeitsplatz zur fristlosen Entlassung führen (*vgl. etwa Decurtins, a.a.O., S. 127ff*), wobei in der Regel eine vorherige schriftliche Verwarnung verbunden mit der Entlassungsandrohung im Wiederholungsfall zu erfolgen hat. Im vorliegenden Fall fehlt es am Nachweis einer Verwarnung.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin am 15.11.2004 unberechtigterweise fristlos aufgelöst hat.

KGP 19.01.2005

3463

Arbeitsvertrag. Teilklage. Ehrverletzung gegenüber Vorgesetztem als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Art. 341 OR infolge Einigung auf einen Monatslohn in casu nicht verletzt.

Sachverhalt:

Im Mai 1999 hat der Kläger bei der Beklagten die Stelle als Sekretär angetreten. Auf den 1. Februar 2002 wurde er als Mitarbeiter in die Amtsstelle Y. versetzt. Für diese neue Tätigkeit wurde am 7. November 2001 ein schriftlicher Einzel-Arbeitsvertrag abgeschlossen. Darin wurde unter anderem eine feste Vertragsdauer bis Ende Januar 2004 vereinbart. Am 11. Dezember 2003 bestätigte der Gemeindegemeinschreiber schriftlich eine Verlängerung des Dienstverhältnisses bis Ende April 2004. Im Dezember 2003 verfasste der Kläger ein Schreiben, worin er die Amtsführung seines Vorgesetzten X., des Leiters der Amtsstelle Y. kritisierte. Dieses Schreiben liess er dem Gemeinderat und seinem Vorgesetzten anonym zugehen. Am 5. Januar 2004 kam es zu einem Gespräch zwischen dem Kläger einerseits und dem Gemeindepräsidenten und dem Gemeindegemeinschreiber andererseits. Im Verlaufe dieses Gespräches unterzeichneten alle drei Personen die folgende, ausdrücklich als solche bezeichnete "Erklärung":

"Ich gebe hiermit zu, das obige anonyme Schreiben und auch das an X. zugestellte, verfasst und versandt zu haben.

Ich nehme davon Kenntnis, dass das bestehende zivilrechtliche Dienstverhältnis damit mit sofortiger Wirkung fristlos gekündigt ist.

Es erfolgt eine Lohnfortzahlung bis Ende Januar 2004. Es gilt nach aussen die Sprachregelung: "Pensionierung mit dem 63. Altersjahr"

„N., 5. Jan. 2004"

Anlässlich seiner Sitzung vom 13. Januar 2004 hat der Gemeinderat der Beklagten die "formelle Genehmigung der ausgesprochenen Kündigung" beschlossen. Dieser Beschluss wurde dem Kläger mit Schreiben vom 20. Januar 2004 durch den Gemeindepräsidenten und den Gemeindegemeinschreiber mitgeteilt.

Dem Kläger wurde der Lohn bis Ende Januar 2004 ausgerichtet.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger hat im vorliegenden Verfahren lediglich eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR eingeklagt, nicht aber etwa den Lohn bis zum vereinbarten Ablauf des Arbeitsverhältnisses. Es handelt sich um eine unechte und damit nach der Praxis der hiesigen Gerichte zulässige Teilklage (*vgl. auch Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, N. 7 zu Art. 343 OR*).

2. Nimmt man an, dass sich die Parteien auf eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis Ende April 2004 geeinigt haben, wofür das klägerische Aktenstück 3 ein starkes Indiz ist, stellt sich die Frage nach der Bedeutung der "Erklärung" vom 5. Januar 2004.

2.1 Nimmt man weiter an, dass die Parteien damit eine Vereinbarung bezüglich der Modalitäten der Auflösung des Arbeitsverhältnisses getroffen haben, ist der Blick auf Art. 341 OR zu richten. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf zwingende Rechte nicht verzichten. Indessen steht Art. 341 OR einer Vereinbarung, die im Rahmen eines echten Vergleichs auf gegenseitigem Nachgeben beruht und zu einer angemessenen Lösung führt, nichts im Wege (*Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 341 OR*).

Im für ihn günstigsten Fall hätte der Kläger den Lohn bis Ende April 2004 und - entsprechend seinem Antrag - rund 3 Monatslöhne Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugute (insgesamt also rund 7 Monatslöhne). Im schlechtesten Fall nichts. Geeinigt haben sich die Parteien auf rund einen Monatslohn. Zu berücksichtigen ist aber auch das Prozessrisiko. Der Kläger hat zugegeben, der Verfasser des anonymen Schreibens zu sein. Darin wird X. als Leiter der Amtsstelle Y. Veruntreuung oder Unterschlagung vorgeworfen. Ehrverletzungen gegenüber einem Mitangestellten stellen aber einen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Die Veruntreuung bzw. Unterschlagung konnte vom Kläger nicht nachgewiesen werden (im hängigen Strafverfahren gegen X. ist sie gemäss Auskunft des zuständigen Verhörrichters kein Thema). Es ist damit bezüglich einer Risikobeurteilung anzunehmen, dass die fristlose Entlassung des Klägers gerechtfertigt gewesen wäre. Nicht, weil er die schlechte Amtsführung von X. (die von den Experten bestätigt worden ist) angezeigt, sondern weil er X. unberechtigterweise strafbare Handlungen vorgeworfen hat.

Hätte der Kläger aber mit grosser Wahrscheinlichkeit nichts erhalten, ist die Einigung auf einen Monatslohn ein tolerierbarer Vergleich.

Damit aber hätte die Vereinbarung vom 5. Januar 2004 vor Art. 341 OR Bestand und es bestünde ebenfalls kein Platz für Ansprüche des Klägers nach Art. 337c OR.

2.2 Geht man aber mit dem Kläger davon aus, dass es sich bei der "Erklärung" vom 5. Januar 2004 nicht um eine Vereinbarung, sondern nur um die schriftliche Bestätigung einer Kenntnisnahme handelt, ergäbe sich folgender rechtsrelevante Sachverhalt: Die Beklagte löst ein befristetes Arbeitsverhältnis vorzeitig auf, stellt den Arbeitnehmer frei und bezahlt den Lohn nach der Freistellung noch während kurzer Zeit weiter (nicht aber bis zum Ablauf der Befristung). Aufgrund des Lohnnachgusses liegt keine eigentliche fristlose Entlassung vor, die vorzeitige Auflösung des befristeten Arbeitsverhältnisses ist aber nach den Art. 337ff OR zu beurteilen (*Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 334 OR*).

Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2); der Richter entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Abs. 3). Dabei verlangt der Billigkeitsentscheid, dass alle wesentlichen Umstände des konkreten Falles beachtet werden (*BGE 116 II 149 E. 6 a*). Die für die fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so schwer zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (*BGE 116 II 144 E. c, mit Hinweisen*). Anerkannt ist, dass bei der Annahme eines wichtigen Grundes Zurückhaltung geboten und ein strenger Massstab anzulegen ist (*Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 337 OR; C. Decurtins, Die fristlose Entlassung, Bern 1981, S. 17*). Die Beklagte hat zu beweisen, dass die fristlose Entlassung aus einem wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung im Sinne des Art. 337c OR vor.

Straftaten gegen den Arbeitgeber oder gegen Mitarbeiter stellen in der Regel einen wichtigen Grund dar, der eine fristlose Entlassung rechtfertigt. Dies gilt insbesondere auch für Ehrverletzungen zum

Nachteil von Mitarbeitern (*Staeelin, Züricher Kommentar, N. 22 zu Art. 337 OR, mit Hinweisen, insbesondere auf ZR 46 [1947] Nr. 150*).

Unter Buchstabe a oben ist bereits dargelegt worden, dass der Kläger gegenüber seinem Vorgesetzten eine Ehrverletzung begangen hat, indem er ihn der Veruntreuung und/oder Unterschlagung bezichtigt hat. Den Wahrheitsbeweis konnte der Kläger nicht erbringen. Diese Ehrverletzung stellt einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR dar und rechtfertigte die vorzeitige Auflösung des befristeten Arbeitsverhältnisses.

Auch hier ergibt sich somit, dass die vom Kläger auf Art. 337c OR abgestützte Forderung abzuweisen ist.

KGP 30.05.2005

3464

Arbeitsvertrag. Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers. Ein Arbeitnehmer, der in zwei Mehrfamilienhäusern 180 Türen montiert hat, welche ersetzt resp. ummontiert werden mussten, handelt eventualvorsätzlich.

Aus den Erwägungen:

Seine Schadenersatzforderung begründet der Beklagte wie folgt: Er habe den Kläger auf einer Baustelle in U. zur Montage von Türen eingesetzt gehabt. Dem Kläger sei ein Handlanger beigegeben worden. Die Türen seien nach den Ausmassen der einzelnen Türöffnungen hergestellt und deshalb mit einer Nummer versehen worden. Diese Nummern seien auf einem Plan eingezeichnet gewesen, der dem Kläger ausgehändigt worden sei. Der Kläger habe die Nummerierung ausser Acht gelassen und die Türen jeweils an die Masse der Türöffnungen angepasst (durch Hobeln etc). Dadurch seien zu grosse Zwischenräume entstanden. Die unpassenden Türen seien nicht akzeptiert worden und hätten ersetzt werden müssen. Dies habe zu einem Schaden von über Fr. 6'000.-- geführt.

Dem hält der Kläger entgegen, er sei nicht richtig instruiert worden. Er habe zudem keine Pläne erhalten und habe deshalb selber entscheiden müssen, wie und wo er die Türen montieren solle. Weil ein Teil der Türblätter nicht gepasst habe, habe er sie abhobeln müssen.

Nach Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Die Beweislast für die Verletzung von Pflichten, den dadurch entstandenen Schaden sowie den Kausalzusammenhang liegt beim Arbeitgeber (*Streiff/v. Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, N. 13 zu Art. 321e OR*). Der Arbeitnehmer hat den Entlastungsbeweis zu führen, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden trifft.

Aus den in den relevanten Punkten übereinstimmenden Aussagen der drei Zeugen ergibt sich Folgendes: Beim Bauobjekt hat es sich um zwei Mehrfamilienhäuser mit je rund 20 Wohnungen gehandelt. Insgesamt waren mehrere Hundert Türen zu montieren. Die Türen wären positioniert gewesen, sind aber irgendwo eingehängt worden und wiesen mehrheitlich nicht die richtige Länge auf. Ein Teil der falsch montierten Türen ist von der Bauherrschaft akzeptiert worden, ein Teil - rund 180 Türen - musste ersetzt bzw. ummontiert werden. Die Korrektur der vom Kläger als verantwortlichen Monteur geleisteten Arbeit hatte Kosten von rund Fr. 6'000.-- zur Folge.

Mit diesen Aussagen ist der Nachweis dafür erbracht, dass auf der Baustelle in U. ein Schaden in der Höhe von rund Fr. 6'000.-- entstanden ist, den der Kläger durch seine unkorrekte Arbeit verursacht hat. Näher zu prüfen ist dagegen das Verschulden (*vgl. dazu etwa Streiff/v. Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, N. 2ff zu Art. 321e OR*). Diesbezüglich hat der Kläger geltend gemacht, er sei nicht instruiert worden und habe keine Pläne gehabt.

Die Zeugen konnten sich dazu nicht äussern. Es bleibt also offen, ob der Beklagte dem Kläger Pläne ausgehändigt hat oder nicht. Entscheidend ist dieser Punkt aber nicht. Denn aus den Aussagen der Zeugen folgt ohne weiteres, dass zwar die Arbeit eventuell noch ohne Pläne hätte begonnen werden können, dass dann aber nach der ersten Wohnung oder nach dem ersten Arbeitstag zwingend Erkundigungen bzw. Pläne hätten eingeholt werden müssen. Dies ist nachvollziehbar. Man stelle sich vor: Der Kläger montiert Türen. Ein Teil der Türen kann zwar ohne Kürzung eingehängt werden, ist aber zu kurz. Der andere Teil muss bearbeitet - abgehobelt - werden, ohne dass Angaben dafür vorliegen, auf welche Länge die Türen anzupassen sind (was wohl von der Art und damit von der Höhe des Bodenbelages abhängt). Nach rund fünf Türen, die nicht passen oder die bearbeitet werden müssen, müssten die Alarmglocken läuten. Nach weiteren fünf dürfte dann nicht mehr weitergearbeitet werden. Es kann ja

nicht sein, dass mehr als zehn Türen etwa falsch geliefert worden sind. Also hätte sich der Kläger erkundigen müssen. Dies hat er aber nicht getan, sondern er hat weitergearbeitet. In die Verschuldenskategorien übersetzt bedeutet dies: Für die ersten fünf oder zehn Türen liegt seitens des Klägers ein fahrlässiges Verhalten vor. Wenn er sich danach nicht erkundigt hat, hat er unterlassen, was gemäss den Aussagen der Zeugen unabdingbar gewesen wäre. Damit ist sein Verhalten grobfahrlässig geworden. Nach vielleicht zwei Dutzend Türen, die er unpassend montiert hat, hat er bei den weiteren Türen die unkorrekte Länge in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt.

Damit ist auch das Verschulden des Klägers ausgewiesen. Die Schadenersatzforderung des Beklagten ist deshalb zu schützen. Der guten Ordnung halber ist noch anzufügen, dass der Beklagte berechtigt war, seine Schadenersatzforderung im vorliegenden Verfahren geltend zu machen (*vgl. zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzes: Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 14 zu Art. 321e*). Diese Forderung ist weder durch eine vorbehaltlose Lohnzahlung untergegangen noch wurde auf sie konkludent verzichtet. Zu letzterem ist beachtlich, dass die genaue Höhe des Schadens erst durch die Rechnungen der R.S. AG von Ende Mai 2005 bekannt geworden ist.

Nach Art. 323b Abs. 2 OR darf der Arbeitgeber Gegenforderungen mit der Lohnforderung nur soweit verrechnen, als diese pfändbar ist, jedoch dürfen Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden (*vgl. auch Art. 125 Ziffer 2 OR*). Als Absicht im Sinne dieser Bestimmung gilt nach Lehre und Rechtsprechung auch der Eventualvorsatz (*vgl. Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 6 zu Art. 323b OR*). Es wurde eben unter Buchstabe c dargelegt, dass der überwiegende Teil des Schadens vom Kläger eventualvorsätzlich verursacht worden ist. Auch wenn man einen Teil des Schadenersatzanspruches, weil "nur" fahrlässig bzw. grobfahrlässig verursacht, als nicht verrechenbar taxiert, verbleibt ein Betrag, der die vom Kläger gestellte Lohnforderung übersteigt. Mithin ist die Forderung des Klägers durch Verrechnung getilgt worden und damit untergegangen. Demzufolge ist die Klage abzuweisen.

KGP 20.09.2005

3465

Konkubinats. Rechtliche Behandlung des Konkubinats bei dessen Auflösung. Liquidation einer einfachen Gesellschaft. Auslegung einer Verzichtserklärung.

Sachverhalt:

Die Parteien lebten seit Februar 1996 zunächst in einer gemeinsamen Wohnung in S., später im Haus des Beklagten in T. im Konkubinats. Das renovationsbedürftige Haus in T. erwarb der Beklagte im Dezember 2000. Es sollte gemeinsam umgebaut und erneuert werden, damit es die Parteien künftig zusammen bewohnen konnten. Der Umbau begann im Juni 2001 und erfolgte etappenweise von Zimmer zu Zimmer. Im November 2001 zogen die Parteien von S. nach T. Der Umbau war jedoch erst im Juli 2002 soweit beendet, als ein ungehindertes Wohnen im Haus möglich war. Am 16. Oktober 2002 eröffnete der Beklagte der Klägerin, dass er sich in eine andere Frau verliebt habe. Die Klägerin erklärte daraufhin die Beziehung unverzüglich als beendet und zog bereits am 18. Oktober 2002 aus. Fortan wohnte sie bei ihren Eltern in G.

Im vorliegenden Prozess macht die Klägerin gegenüber dem Beklagten Forderungen von insgesamt Fr. 38'475.45 geltend. Es handelt sich dabei um den hälftigen Anteil von den gemeinsamen Haushalt betreffende Rechnungen, welche die Klägerin allein bezahlt hatte, sowie um Entschädigungen für von der Klägerin geleistete Arbeiten und Dienste im Interesse der Liegenschaft des Beklagten, um Entschädigungen für nunmehr für sie nutzlose Anschaffungen für das Haus in T. (Teppiche, Vorhänge, Friteuse), um Herabsetzung ihrer Mietzinszahlungen wegen Unbewohnbarkeit des Hauses in T. sowie um Schadenersatzforderungen für unnötige Aufwendungen der Klägerin im Vertrauen auf gemeinsame Zukunftspläne (Umzug S. nach T. und T. nach G., Teppichreinigung, Aidstest).

Im November 2002 bezahlte der Beklagte der Klägerin einen Betrag von Fr. 19'000.--. Dabei handelte es sich nach übereinstimmender Darstellung der Parteien um die Rückzahlung eines Darlehens im Betrag von Fr. 14'500.--; aus welchem Grund der darüber hinausgehende Betrag von Fr. 4'500.-- geleistet wurde, ist umstritten. Im Anschluss an die Mitteilung des Beklagten, er habe das Geld überwiesen, schrieb die Klägerin ihm eine E-Mail mit folgendem Inhalt: „Ich

habe das Geld erhalten. Das ist so für mich in Ordnung. Meine Gebrauchsgegenstände kannst Du natürlich behalten. Die kannst Du sicher gebrauchen. (...)“. Zwischen den Parteien ist der Aussagegehalt dieser Mitteilung der Klägerin umstritten. Während sich der Beklagte auf den Standpunkt stellt, die Klägerin habe mit dieser Mitteilung eine Saldo-Erklärung abgegeben und damit erklärt, auf weitere Forderungen gegenüber dem Beklagten zu verzichten, beharrt die Klägerin darauf, dass sie mit dieser Mitteilung lediglich den Erhalt der Zahlung habe bestätigen wollen.

Aus den Erwägungen:

Das Konkubinat ist in der schweizerischen Rechtsordnung nicht explizit gesetzlich geregelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auf die Folgen der Beendigung des Konkubinats das Recht der einfachen Gesellschaft anwendbar (BGE 108 II 204, 109 II 228), soweit es um die Abwicklung von Forderungen geht, die mit dem gemeinsamen Zweck - dem Führen einer Lebensgemeinschaft - zusammenhängen. Es ist nicht auszuschliessen, dass zwischen Konkubinatspartnern noch andere Rechtsbeziehungen bestehen, die nach dem jeweiligen anwendbaren Vertragsrecht zu beurteilen wären. Sie müssten dann aber im Einzelfall im Vordergrund stehen und nicht vom Gemeinschaftszweck geprägt sein. Vorliegend ist unbestritten, dass die Parteien über mehrere Jahre in einem Konkubinat lebten. Das Führen dieser Lebensgemeinschaft war Zweck dieser Gesellschaft. Sie finanzierten ihre Lebensgemeinschaft mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln, wobei die Beiträge in der Regel je zur Hälfte geleistet wurden. Später in T. stellte der Beklagte der Lebensgemeinschaft sein Haus zu Wohnzwecken zur Verfügung, während die Klägerin einen Wohnkostenanteil von Fr. 1'100.00 monatlich leistete. Auch das Projekt des Umbaus des Hauses des Beklagten mit gemeinsamen Kräften ist vom Gemeinschaftszweck erfasst. Sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Forderungen der Klägerin wären somit nach den Regeln der Liquidation der einfachen Gesellschaft zu beurteilen. Dass sich die Parteien übereinstimmend auf Miet-, Auftrags- und Bereicherungsrecht bzw. Vertrauenshaftung stützen, ändert daran nichts, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat. Im Hinblick auf die Liquidation der einfachen Gesellschaft wäre dann gutachterlich zu ermitteln, welche Beiträge die Gesellschafter im Interesse des Gemeinschaftszwecks leisteten und ob im Zeitpunkt der Auflösung

der Gesellschaft ein Gewinn oder Verlust resultiert, der - mangels anderer vertraglicher Regelung - gemäss Art. 533 Abs. 1 OR zwischen Klägerin und Beklagtem hälftig zu teilen wäre. Allerdings liegt es im Wesen einer Lebensgemeinschaft, dass der überwiegende Teil der von den Partnern aufgewendeten Kosten aus buchhalterischer Sicht unter dem Titel „Aufwand“ à fonds perdu geleistet werden und ein wirtschaftlich bewertbarer Ertrag bzw. Gewinn in der Regel - wie höchstwahrscheinlich auch im vorliegenden Fall - nicht erwirtschaftet wird.

Bevor man sich aber mit der Ermittlung von Gewinn oder Verlust der einfachen Gesellschaft im hier zu beurteilenden Fall befasst, ist zu prüfen, ob die Klägerin nicht bereits schon im November 2002 einer Liquidationsregelung zugestimmt hat, mit deren Vollzug sie auf weitere Ansprüche - insbesondere eine besondere finanzielle Abgeltung ihrer eingebrachten Leistungen - verzichtet.

Zentral für die Beurteilung der vorliegenden Klage ist somit die Frage, ob die Erklärung der Klägerin per E-Mail vom 8. November 2002 „Ich habe das Geld erhalten. Das ist so für mich in Ordnung.“ dahingehend zu verstehen ist, dass sie auf weitere Forderungen gegenüber dem Beklagten verzichtete. Die Klägerin wendet gegen entsprechende Vorbringen des Beklagten ein, es handle sich bei der betreffenden Mitteilung lediglich um eine Bestätigung des Eingangs der Zahlung, um eine Quittung.

Die Erklärung der Klägerin ist in den grösseren Zusammenhang der Auflösung des Konkubinats der Parteien zu stellen. Zugrunde liegt eine Vereinbarung über die Klärung der Eigentumsverhältnisse hinsichtlich verschiedener Gegenstände und deren Herausgabe bzw. Überlassung und die Rückerstattung von Mietzinszahlungen, die Tilgung eines Darlehens über Fr. 14'500.-- sowie einer Zahlung von Fr. 1'200.--, deren Grund nicht mehr zu ermitteln ist und zu dem die Parteien widersprechende Aussagen machen. Nach dem Verständnis des Beklagten sollten mit der Zahlung von Fr. 19'000.-- alle Forderungen der Klägerin ihm gegenüber getilgt sein.

Damit eine Auslegung dieser Erklärung nach dem Vertrauensprinzip überhaupt zum Zuge kommt, ist zunächst zu prüfen, ob sich die Parteien seinerzeit überhaupt wirklich falsch verstanden haben. In dem Zeitpunkt, als die Klägerin die Erklärung „Das ist so für mich in Ordnung.“ abgab, wollte sie keine weiteren Forderungen gegen den Beklagten stellen. Ihre diesbezüglichen Bestreitungen und ihre Dar-

stellung, sie habe lediglich den Empfang des Geldes bestätigen wollen, stehen im Widerspruch zum Inhalt ihres späteren Schreibens an den Beklagten vom 24. April 2003. Dort äussert die Klägerin, dass sie im Zeitpunkt ihrer Trennung darauf verzichtet habe, dem Beklagten für ihre Arbeitseinsätze und ihre finanziellen Beiträge für das Haus Rechnung zu stellen. Weiter schreibt sie, dass sie die damalige Verzichtserklärung revidiere. Damit ist erstellt, dass sowohl die Klägerin, als auch der Beklagte im November 2002 von einer Verzichtserklärung der Klägerin ausgingen. Bezüglich dieses Punktes liegt also ein tatsächlicher Konsens vor, der einer nachträglichen Auslegung nicht bedarf.

Die Klägerin revidierte ihre Verzichtserklärung aufgrund des Umstands, dass die damalige Freundin des Beklagten relativ rasch ins Haus des Beklagten in T. einzog. Sie schloss offenbar daraus, der Beklagte habe sie im Jahr 2002 nur ausgenutzt und für ihn sei die Beziehung zur Klägerin schon länger vorbei gewesen, als er zugegeben hatte. Die Klägerin schreibt, sie habe auf Forderungen verzichtet, weil sie davon ausgegangen war, dass die Beziehung für den Beklagten zum gleichen Zeitpunkt wie für sie - nämlich Mitte Oktober 2002 - beendet war. Implizit macht die Klägerin damit geltend, dass dieser Umstand ihre Bedingung für die Vereinbarung mit dem Beklagten gewesen sei. Abgesehen davon, dass die Beziehung der Parteien objektiv gesehen tatsächlich erst Mitte Oktober beendet wurde, entzieht sich die Frage, ob der Beklagte bereits vorher emotionalen Abstand zur Klägerin hatte bzw. ob er sich innerlich schon vorher von dieser Beziehung losgesagt hatte, in jedem Fall einer richterlichen Beurteilung. Selbst wenn dieser Umstand für die Klägerin unabdingbare Bedingung für den Abschluss einer Schlusszahlung des Beklagten von Fr. 19'000.-- gewesen wäre, hätte sie diesen als für sie subjektiv wesentlichen Vertragspunkt zumindest irgendwo vorbehalten müssen, damit die Wesentlichkeit auch für den Beklagten erkennbar gewesen wäre (vgl. zur Voraussetzung der Erkennbarkeit für die Gegenpartei: *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 8. Auflage, N 341*). Das hat die Klägerin jedoch nicht getan. Ihre Verzichtserklärung erfolgte ohne jeden Vorbehalt und hätte sie einen solchen angebracht, so wäre es mehr als fraglich, ob sie gestützt darauf eine einseitige Unverbindlichkeit dieser vertraglichen Regelung hätte durchsetzen können.

Nicht im gerichtlichen Verfahren, sondern implizit gegenüber dem Beklagten beruft sich die Klägerin in ihrem Brief darauf, dass sie sich bei Vereinbarung der Liquidationsregelung hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem sich der Beklagte (innerlich) von ihr trennte in einem Irrtum befand.

Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin den Beweis, dass für den Beklagten ihre Liebesbeziehung schon zu einem früheren Zeitpunkt beendet war, nicht erbracht hat; wohl deshalb, weil es sich - wie bereits oben angedeutet - um eine innere Tatsache im Gefühlsleben des Beklagten handelt, die einer Beweisführung nur schwer zugänglich ist.

Damit eine vertragliche Regelung wegen eines allfällig vorhandenen Irrtums für den Irrenden einseitig unverbindlich ist, wird gemäss Art. 23 OR vorausgesetzt, dass es sich um einen wesentlichen Irrtum handelte. Art. 24 OR konkretisiert die Fälle, in denen ein Irrtum als wesentlich beurteilt wird und die Rechtsfolgen von Art. 23 OR nach sich zieht. Vorliegend wäre allenfalls eine Anwendung von Art. 24 Ziff. 4 OR zu prüfen. Gemäss dieser Bestimmung ist ein Irrtum nämlich dann wesentlich, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde (Grundlagenirrtum).

Die Klägerin hätte aber auch hier zunächst zu beweisen, dass sie sich überhaupt in einem Irrtum über den Sachverhalt des Zeitpunkts der Trennung als innere Tatsache beim Beklagten befand. D.h. sie hätte zumindest darlegen müssen, inwieweit der Sachverhalt, den sie sich vorstellte, vom tatsächlichen Sachverhalt abweicht. Und diesen Beweis hat sie - wie bereits mehrfach erwähnt - nicht erbracht. Ein allfällig vorhandener Willensmangel von der Qualität eines Grundlagenirrtums ist daher nicht weiter zu suchen.

Zusammenfassend hat die Klägerin dem Beklagten nach Eingang der Zahlung von Fr. 19'000.-- mitgeteilt, dass es für sie gut so sei, mit anderen Worten, dass sie keine weiteren Forderungen gegenüber dem Beklagten geltend macht. Darauf ist sie zu behaften und ihre Klage ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

KGer 27.09.2004

2.2 Strafrecht

3466

Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand. Strafzumessung, bedingter Strafvollzug, Massnahmen. Dritttäter.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 63 StGB ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters innerhalb des Rahmens, den das Gesetz für eine bestimmte Tat festlegt, zuzumessen. Dabei sind die Schwere der Tat, die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Die so ermittelte Einsatzstrafe ist in Anwendung von Art. 64 ff. StGB bei Vorliegen von Strafmilderungs- bzw. Strafschärfungsgründen herabzusetzen bzw. zu erhöhen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen (Art. 68 Ziff. 1 StGB).

Auszugehen ist vorliegend von der Strafandrohung des Art. 91 Abs. 1 aSVG, welche auf Gefängnis oder Busse lautet. Dies eröffnet in Anwendung von Art. 36 StGB für eine auszufällende Freiheitsstrafe einen Strafrahmen von drei Tagen bis zu drei Jahren Gefängnis. Nach Art. 50 Abs. 2 StGB können eine Gefängnisstrafe und eine Busse miteinander verbunden werden, wenn das Gesetz – wie vorliegend – wahlweise Gefängnis oder Busse androht. Der Betrag einer allfällig auszufällenden Busse wird je nach den Verhältnissen des Täters danach bemessen, dass er durch die finanzielle Einbusse eine dem Verschulden angemessene Strafe erleidet (Art. 48 Ziff. 2 StGB).

1.2 Zur Tatkomponente ist festzuhalten, dass der Angeklagte sein Fahrzeug mit einer sehr hohen Blutalkoholkonzentration von mindestens 2,34 Gew. ‰ lenkte und damit sich selbst und andere Verkehrsteilnehmer in äusserst verantwortungsloser Weise gefährdete. Auch wenn der Angeklagte an einem Sonntagabend nach 20.00 Uhr

und bei wahrscheinlich eher geringem Verkehrsaufkommen unterwegs war, wiegt die Tat schwer, zumal er sich auch nicht auf direktem Weg von der Stadt St. Gallen zu seiner Unterkunft in X. begab, sondern aus Gründen, die er gegenüber der Polizei nicht nennen wollte, weiter Richtung S. und dann Richtung A. fuhr (vgl. polizeiliche Einvernahme). Der Angeklagte war der Polizei durch seine langsame und unsichere Fahrweise und insbesondere dadurch aufgefallen, dass er Schlangenlinien – teilweise über die Mittellinie hinaus – fuhr. Damit gefährdete er auch den Gegenverkehr in schwerer Weise.

1.3 Hinsichtlich der Täterkomponenten sind zunächst die Vorstrafen des Angeklagten zu betrachten: Er wurde bereits in den Jahren 1998 mit mindestens 2,72 Gew. ‰ und 2000 mit mindestens 1,15 Gew. ‰ unter anderem wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand verurteilt; er ist also mehrfach einschlägig vorbestraft.

Er hatte zwei längere Führerausweisentzüge: Im Jahr 1998 wurde ihm der Führerausweis für die Dauer von sieben Monaten und im Jahr 2000 für die Dauer von 15 Monaten entzogen. Die im Jahr 2000 ausgesprochene Gefängnisstrafe von 70 Tagen unbedingte, wurde nach Angaben des Angeklagten in Form von gemeinnütziger Arbeit vollzogen.

Trotz seiner Vorstrafen, den Führerausweisentzügen und der verbüssten Strafe legt der Angeklagte überhaupt keine Einsicht in den Unrechtsgehalt und die Gefährlichkeit seiner Tat an den Tag. In dem hier zu beurteilenden Fall setzte sich der Angeklagte ans Steuer seines Wagens, obwohl er genau wusste, dass er aufgrund seines übermässigen Alkoholkonsums nicht mehr fahren durfte. Anlässlich der Hauptverhandlung betont er, er sei gefahren, weil er eben noch habe fahren können. Geradezu provokativ ist seine Aussage, er sei nur erwischt worden, weil er zu langsam gefahren sei. In diesem Sinne äusserte er sich – angesprochen auf seine langsame und unsichere Fahrweise, wegen der er der Polizei aufgefallen war – bereits anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 31. Oktober 2004: „Entweder man fährt zu schnell oder zu langsam. Offensichtlich kann man es nicht richtig machen.“ Der Angeklagte begreift zum wiederholten Mal nicht, welche Gefährdung seine Trunkenheitsfahrt für ihn selbst und Dritte bedeutete. Sein Verschulden wiegt daher äusserst schwer.

1.4 Wie bereits erwähnt, lenkte der Angeklagte sein Fahrzeug mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 2,34 Gew.‰. Nach Praxis der ausserrhodischen Gerichte eröffnet dies bei Dritttätern mit einem schweren Alkoholisierungsgrad von über 1,8 Gew.‰ einen Strafrahmen für die Einsatzstrafe von acht bis zehn Monaten Gefängnis (*veröffentlicht in AR GVP 14/2002, Nr. 3407*). Negativ fällt für den Angeklagten ins Gewicht, dass sich alle drei Vorfälle des Fahrens in angetrunkenem Zustand innerhalb von zehn Jahren ereigneten. Offenbar hat sich der Angeklagte von den vorangegangenen Verurteilungen in keiner Weise beeinflussen lassen und fährt mit seinem verantwortungslosen Tun fort. Auch dass er bereits einmal gemeinnützige Arbeit zu leisten hatte, beeinflusste den Angeklagten nicht positiv. Er ist – wie die bisherigen Vorfälle beweisen – offenkundig völlig uneinsichtig. Aufgrund der Schwere der Tat, dem schweren Verschulden des Angeklagten und aufgrund dem durch die Vorstrafen dokumentierten schlechten automobilistischen Leumund ist vorliegend von einer Einsatzstrafe von zehn Monaten Gefängnis auszugehen.

1.5 Strafschärfend könnte in Anwendung von Art. 68 StGB berücksichtigt werden, dass mit dem Fahren in angetrunkenem Zustand und dem Nichttragen der Sicherheitsgurte vorliegend mehrere strafbare Handlungen zu beurteilen sind. Angesichts des im Vergleich zum Hauptdelikt bestehenden Bagatelcharakters des Nichttragens der Sicherheitsgurte wird jedoch vorliegend auf eine Schärfung der Freiheitsstrafe verzichtet.

Strafmilderungsgründe sind keine ersichtlich.

1.6 Der Angeklagte wird daher zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten Gefängnis verurteilt.

1.7 Zusätzlich wird in Anwendung von Art. 50 Abs. 2 StGB eine Busse ausgefällt. Nach Angaben des Angeklagten anlässlich der Hauptverhandlung arbeitet er als angestellter Maler zu einem Stundenlohn von Fr. 28.00 bei ca. 180 bis 190 Arbeitsstunden im Monat. Unter Zugrundelegung dieser Angaben verdient der Angeklagte somit durchschnittlich Fr. 5'180.00 brutto im Monat. Abzüglich Sozial- und Pensionskassenabgaben von insgesamt ca. 17,10 % realisiert der Angeklagte daher einen monatlichen Nettolohn von durchschnittlich ca. Fr. 4'300.00. Nachdem der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr verurteilt wird, sollte es ihm auch während eines Strafvollzugs möglich sein, seiner Arbeit nachzugehen. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungskriterien rechtfertigt es sich

daher, dem Angeklagten eine Busse im Betrag von Fr. 2'500.00 aufzuerlegen.

2. Der Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten kann aufgeschoben werden, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Straftaten abgehalten; der Aufschub ist nicht zulässig, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verbüsste (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB). Der Angeklagte wurde im Juni 2000 zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 70 Tagen verurteilt. Gemäss Angaben des Angeklagten anlässlich der Hauptverhandlung wurden diese im Rahmen von gemeinnütziger Arbeit vollzogen. Diese Strafe liegt allerdings noch unter der Grenze von drei Monaten und mit dem vorliegenden Urteil wird keine Freiheitsstrafe von mehr als 18 Monaten ausgesprochen. Die objektiven Voraussetzungen der Gewährung des bedingten Strafvollzugs sind damit vorliegend erfüllt.

In subjektiver Hinsicht setzt die Gewährung des bedingten Strafvollzugs voraus, dass Vorleben und Charakter des Angeklagten erwarten lassen, er werde durch die Ausfällung einer Warnstrafe von der Begehung weiterer Delikte abgehalten. Nur wenn dem Angeklagten eine günstige Prognose gestellt werden kann, darf ihm der bedingte Strafvollzug gewährt werden. Diese Prognose ist aufgrund aller täterrelevanten Faktoren zu stellen und erfordert Überlegungen zum zukünftigen Verhalten des Täters.

Zum Vorleben des Angeklagten ist – wie bereits an anderer Stelle erwähnt – festzuhalten, dass er bereits zum dritten Mal innert weniger als acht Jahren wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand verurteilt werden muss. Mit der zweiten Verurteilung, die nur zwei Jahre und drei Monate nach der ersten erfolgte, wurde eine Gefängnisstrafe von 70 Tagen unbedingte ausgesprochen, die durch gemeinnützige Arbeit vollzogen wurde. Auch die beiden längeren Führerausweisentzüge waren offenbar nicht geeignet, beim Angeklagten eine Umkehr seiner Einstellung zum Fahren unter Alkoholeinfluss zu bewirken. Der Angeklagte scheint bisher unbelehrbar und unfähig, den Unrechtsgehalt seiner Taten einzusehen. Selbst anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. November 2005 äusserte sich der Angeklagte in seinem Schlusswort noch dahingehend, dass er nicht verstehen könne, dass jemand, der nur drei Mal angetrunken gefahren sei, eine Gefängnis-

strafe verdiene. Ebenso wenig scheint beim Angeklagten ein Bewusstsein über das Vorliegen einer allfälligen Alkohol-Suchtproblematik zu bestehen; er betont mehrfach – zuletzt anlässlich der Hauptverhandlung – kein Alkoholproblem zu haben. Er habe ab und zu mal „einen über den Durst“ getrunken, brauche aber nicht jeden Tag Alkohol. Das Problem sei, dass er dann Auto gefahren sei. Immerhin bezeugt der Angeklagte an Schranken, er habe nun etwas gelernt, er trinke nicht mehr. In Zukunft werde er nicht mehr mit dem Auto fahren, wenn er etwas getrunken habe, sondern werde ein Taxi nehmen; das sei billiger.

Das Verhalten des Angeklagten in der Vergangenheit und seine anlässlich der Hauptverhandlung geäußerte Einstellung zu den Trunkenheitsfahrten lässt nicht erkennen, dass es dem Angeklagten ernst damit ist, sich in Zukunft wohl zu verhalten. Er hat das in ihn gesetzte Vertrauen bereits mehrfach enttäuscht. Seine Äusserungen zur strafrechtlichen Sanktionierung seines Verhaltens lassen erkennen, dass er gerichtliche Verurteilungen nicht wirklich ernst nimmt. Er unternahm aus eigener Initiative bisher nichts, was seine Absichtserklärungen, er werde in Zukunft nicht mehr angetrunken Auto fahren, ernst nehmen liesse. Eine eigentliche Umkehr seiner Einstellung, die glaubwürdig ein Wohlverhalten in der Zukunft garantieren könnte, ist vorliegend nicht erkennbar.

Vor diesem Hintergrund kann dem Angeklagten keine günstige Prognose gestellt und der bedingte Strafvollzug nicht gewährt werden.

3. Ist der Täter trunksüchtig und steht die von ihm begangene Tat damit im Zusammenhang, so kann in Anwendung von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB seine Einweisung in eine entsprechende Anstalt oder eine ambulante Behandlung angeordnet werden, um künftige Verbrechen oder Vergehen zu vermeiden. Soweit erforderlich, ist ein Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Täters sowie über die Zweckmässigkeit der Behandlung einzuholen (Art. 44 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

Mit Entscheid vom 30. Mai 2005 wurde beschlossen, im Hinblick auf eine allfällige Trunksucht des Angeklagten ein Massnahmegutachten einzuholen. Es schien seinerzeit angezeigt, eine allfällige Alkohol-Suchtproblematik des Angeklagten aufzudecken und ihm therapeutische Hilfe zur Bewältigung der Problematik zur Seite zu geben. Als Gutachterin wurde Frau Dr. med. X., Chefärztin Klinik Y., bestellt. Nach zahlreichen Terminaufgeboten durch die Klinik, die der An-

geklagte jeweils gänzlich ignorierte, wurde der Gutachterauftrag zurückgezogen. Das Verhalten des Angeklagten im Strafverfahren und insbesondere seine Ignoranz gegenüber den Klinikaufgeboten lässt einzig den Schluss zu, dass der Angeklagte nicht gewillt ist, sich irgendeiner Massnahme zu unterziehen. Das Anordnen einer ambulanten oder stationären Massnahme zur Behandlung von Suchtkrankheiten macht ohne kooperative Mitarbeit des Betroffenen keinen Sinn und würde ohne entsprechendes ärztliches Gutachten ausserdem gegen Art. 44 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verstossen, so dass vorliegend davon abgesehen wurde, eine Massnahme anzuordnen. Im Übrigen betont der Angeklagte auch immer wieder, er habe kein Alkoholproblem, er sei nicht süchtig und er brauche nicht jeden Tag Alkohol. Geht der Angeklagte selbst davon aus, dass keine Suchtproblematik vorliegt, die es zu behandeln gäbe, so ist der Entscheid, auf die Anordnung einer Massnahme zu verzichten, nur folgerichtig.

Anlässlich der Hauptverhandlung äussert der Angeklagte plötzlich, er gehe sicher nicht ins Gefängnis, da mache er lieber eine Therapie; aber nur wenn er sie nicht selbst bezahlen müsse. Der Angeklagte glaubt wohl nicht allen Ernstes, dass eine solche Aussage das urteilende Gericht von seiner Therapiewilligkeit überzeugen könnte. Der Angeklagte übersieht ausserdem, dass ihm eine Wahl, ob er lieber in den Straf-, oder in den Massnahmenvollzug gehen möchte, nicht zusteht. Da es im Laufe dieses Strafverfahrens aufgrund der Renitenz des Angeklagten nicht möglich war, ein ärztliches Gutachten über seinen körperlichen und geistigen Zustand und die Zweckmässigkeit einer Behandlung – sei es ambulant vollzugsbegleitend oder stationär in einer Klinik – einzuholen, konnte keine Massnahme angeordnet werden. Es ist offensichtlich, dass der Angeklagte sich erhofft, mit einer Massnahme den Strafvollzug zu umgehen. Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Schutz. Der Angeklagte ist überzeugt, kein Alkoholproblem zu haben. Daraus folgt zwingend, dass er auch keine Massnahme benötigt.

KGer, 2. Abt., 28.11.2005

3467

Geschwindigkeitsüberschreitung. Auswirkungen einer fehlerhaften Signalisation. Sind die verantwortlichen Behörden nicht bereit, den rechtswidrigen Zustand, der durch eine fehlerhafte Signalisation entstanden ist, zu ändern, kann ein betroffener Automobilist sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht, mithin das Vertrauensprinzip, berufen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte fuhr am 2. April 2002 auf der Hauptstrasse von N. in Richtung L. mit einer Geschwindigkeit von 96 km/h. Es wurde ihm vorgeworfen, er habe (unter Berücksichtigung einer Toleranz von 5 km/h) die signalisierte Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h um 31 km/h überschritten. Diese Höchstgeschwindigkeit war damals wegen einer Strassensanierung verfügt und am 23. Januar 2002 im Amtsblatt publiziert worden. Das Signal befand sich in Fahrtrichtung an der linken Strassenseite. Über dem Signal war eine Blumenkiste und darüber die Tafel „Ortsende“ angebracht. Auf der rechten Strassenseite lag das Trassee der Appenzeller Bahnen. Das Signal konnte wegen des ungenügenden Zwischenraums zwischen der Strasse und dem unmittelbar angrenzenden Bahntrassee nicht am rechten Strassenrand aufgestellt werden.

Der Angeklagte wurde mit Strafverfügung vom 16. Juli 2002 wegen grober Verkehrsregelverletzung mit Fr. 520.-- gebüsst. Dabei wurde davon ausgegangen, dass die Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 30 km/h und mehr, ungeachtet der konkreten Umstände, eine schwere Verkehrsregelverletzung darstellt. Gegen diese Strafverfügung liess der Angeklagte am 26. Juli 2002 Einsprache erheben mit dem Antrag, das Verfahren sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates einzustellen. Zur Begründung wurde unter anderem geltend gemacht, dass die Tafel mit dem Signal 60 km/h den Anforderungen der Signalisationsverordnung nicht genüge.

Aus den Erwägungen:

1. In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der Angeklagte am Dienstag, 2. April 2002, um 14:13 Uhr mit seinem Personenwagen die Staatsstrasse T - S im Bereiche N. - L. mit 91 km/h befuhr. Ihm wird von der Anklage vorgeworfen, eine grobe Verkehrsregelverlet-

zung begangen zu haben, weil an jener Stelle, wo die Geschwindigkeitsüberschreitung polizeilich festgestellt worden war, eine Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h signalisiert gewesen sei.

Die Vorinstanz hat ausführlich begründet, dass die Geschwindigkeitsbegrenzung auf 60 km/h nicht rechtsgültig signalisiert worden war. Auf die diesbezüglichen Erwägungen des Urteils vom 1. Juli 2004 kann mit folgender Ergänzung vollumfänglich verwiesen werden.

Wie das Kantonsgericht gibt das Obergericht der in BGE 127 IV 229 ff. vertretenen Meinung des Bundesgerichtes gegenüber derjenigen von *Prof. Dr. René Schaffhauser (Grundriss des Schweizerischen Strassenverkehrsrechtes, Band I, 2. Auflage, Bern 2002, N 407 mit Fn. 79)* den Vorzug. Dessen Auffassung, gegen nicht vorschriftsgemäss beschlossene oder angebrachte Signale sei in erster Linie der Rechtsmittelweg zu beschreiten, macht nach Auffassung des Obergerichts nur dort Sinn, wo der Betroffene das vorschriftswidrig aufgestellte Signal überhaupt zur Kenntnis genommen hat bzw. zur Kenntnis nehmen konnte und musste. Davon kann hier aber gerade nicht ausgegangen werden, da die 60er-Tafel bei Gegenverkehr nicht sichtbar ist und ein Fahrzeuglenker nicht gehalten ist, nach vorschriftswidrig angebrachten Signalen Ausschau zu halten (BGE 127 IV 233).

2. Streitig ist nun, welche Folgen sich für den Angeklagten aus dem nicht vorschriftsgemäss angebrachten Signal ergeben.

Die Verteidigung macht geltend, dass an der fraglichen Stelle auch nach Aufnahme der Bauarbeiten weiterhin Tempo 80 km/h Geltung gehabt habe. Sodann beruft sie sich darauf, dass es sich um eine offensichtliche Ausserortsstrecke handle und der Angeklagte als Ortsansässiger darauf habe vertrauen dürfen, dass an der fraglichen Stelle die innerorts geltenden „50 generell“ aufgehoben gewesen seien.

Das Kantonsgericht hat dem Angeklagten zwar einen Sachverhaltsirrtum zugebilligt, dann aber festgehalten, dass der Irrtum einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit entsprungen sei. Konkret vertrat es die Meinung, dass sich die Situation im April 2002 auf dem fraglichen Strassenabschnitt wegen der Sanierung der Umfahrungsstrasse stark verändert habe und dies mit dem Hinweis „Neusignalisation“ auch angezeigt worden sei. Insbesondere die erkennbare Baustelle hätte den Angeklagten dazu veranlassen müssen, von einer Neusignalisation auszugehen. Weiter habe er auch wegen des Innerorts-Charakters des Strassenabschnittes nicht darauf vertrauen dürfen, dass die frühere Ausserorts-Signalisation fort dauern würde. Er habe

sich somit an die vor der Baustelle geltende „Höchstgeschwindigkeit 50 generell“ halten müssen, bis diese in rechtsgültiger Weise aufgehoben worden sei.

2.1 Geht man davon aus, dass die Geschwindigkeitsbeschränkung auf 60 km/h vorliegend keine Wirkung entfaltet hat, weil sie (nur) auf der linken Strassenseite und mehr als 3.50 Meter vom Fahrbahnrand angebracht worden war, gilt dies auch für die Tafel „Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell“, welche früher an derselben Stelle befestigt war.

Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit für Fahrzeuge beträgt in Ortschaften unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen 50 km/h (Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV). Sie gilt im ganzen dicht bebauten Gebiet der Ortschaft. Sie beginnt beim Signal „Höchstgeschwindigkeit 50 generell“ und endet beim Signal „Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell“ (Art. 4a Abs. 2 Satz 1 VRV). Ausserhalb von Ortschaften darf mit 80 km/h gefahren werden (Art. 4a Abs. 1 lit. b VRV).

Nach dem Gesagten hatte im Bereich der Messstelle nie Tempo 80, sondern immer Tempo 50 Geltung gehabt. Die Kantonspolizei und die Verkehrsteilnehmer sind vor der Neusignalisation wegen der Sanierung der Umfahrungsstrasse jedoch davon ausgegangen, die Tafel „Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell“ sei verbindlich und nach dem Signal dürfe mit 80 km/h gefahren werden. Mithin ist ein unrechtmässiger Zustand über lange Zeit hin toleriert worden. Es fragt sich somit, ob sich daraus ein Vertrauenstatbestand (Gleichbehandlung im Unrecht) ergibt, auf den der Angeklagte sich berufen kann und zwar konkret in dem Sinne, dass sich wegen der Unverbindlichkeit der heutigen 60er-Tafel und der früheren Ende-50er-Tafel wieder der früher tolerierte Zustand einstellt, in dem ab der unrechtmässigen Tafel Tempo 80 km/h gilt.

Bei der Gleichbehandlung im Unrecht stehen sich regelmässig zwei Interessen gegenüber: einerseits das Legalitätsprinzip, andererseits der Gleichbehandlungsgrundsatz. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Grundsatz, dass die Gesetzmässigkeit der Rechtsgleichheit vorgeht; der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht richtig angewendet wurde, gibt dem Bürger also keinen Anspruch darauf, ebenfalls gesetzwidrig behandelt zu werden. Nur ausnahmsweise geht die Rechtsgleichheit vor, nämlich wenn die Behörden die Aufgabe der in anderen Fällen geübten, gesetzwidrigen

Praxis ablehnen. Stehen aber dem aus Art 4 BV abgeleiteten Anspruch eines Privaten auf rechtswidrige Begünstigung berechnigte Interessen Dritter entgegen, so müssen die in Frage stehenden Rechte und Interessen im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Die Ansprüche stehen nicht im Verhältnis einer generellen Rangordnung zueinander, doch ist beim Schutz einer rechtswidrigen Praxis grösste Zurückhaltung zu üben (*Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Auflage, Zürich 1993, N 1606 ff.).

Nach Abschluss der Sanierung der Umfahrungsstrasse haben die verantwortlichen Behörden die umstrittene 60er-Tafel wieder durch die „Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell“-Tafel ersetzt. Das zeigt deutlich, dass diese nicht gewillt sind, am rechtswidrigen Zustand etwas zu ändern. Der von der Vorinstanz geäusserte Anspruch, der Angeklagte habe sich an die vor der Baustelle geltende Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h halten müssen, bis diese in rechtsgültiger Weise aufgehoben werde, kann unter diesen Umständen nicht aufrecht erhalten werden. Entsprechend darf der Angeklagte nach Meinung des Obergerichtes ebenso wenig bestraft werden, wie diejenigen Automobilisten, die die Messstelle vor und nach der Neusignalisation mit 80 km/h passiert haben.

2.2 Die Frage nach dem Vorliegen eines Tatbestandsirrtums erübrigt sich, da der Sachverhalt, den der Angeklagte sich vorgestellt hat (nämlich, dass an der Messstelle Tempo 80 gilt), nach Auffassung des Obergerichtes (vgl. E. 2 lit. a) keinen Irrtum beinhaltet, sondern letztlich zutreffend ist.

2.3 Nun steht aber fest, dass der Angeklagte die Messstelle nicht mit 80 km/h, sondern mit 91 km/h passiert hat. Die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um 11 km/h stellt grundsätzlich eine einfache Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG dar (dies ergibt sich e contrario aus BGE 122 IV 174 ff.). Der fragliche Vorfall ereignete sich am 2. April 2002. Damals betrug die Verfolgungsverjährung bei Übertretungen lediglich 1 Jahr (*Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, S. 404). Mittlerweile sind es aufgrund der Gesetzesänderung per 1. Oktober 2002 drei Jahre (Art. 109 StGB). Nach dem Grundsatz der *lex mitior* (Art. 2 Abs. 2 StGB) findet die aktuell geltende Version von Art. 109 StGB auf die vorliegend zu beurteilende Geschwindigkeitsübertretung allerdings keine Anwendung. Ist die Verfolgungsverjährung im Zeitpunkt der Beurteilung eines Tatbestan-

des bereits eingetreten, erfolgt praxisgemäss kein Freispruch infolge Verjährung, sondern das Strafverfahren wird diesbezüglich eingestellt (AR GVP 8/1996 Nr. 3289).

Zusammenfassend ist der Angeklagte vom Vorwurf der groben Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 VRV) freizusprechen. Das Strafverfahren gegen den Angeklagten wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Ziff. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 VRV) ist infolge Verjährung einzustellen.

OGer 15.02.2005

Eine gegen dieses Urteil eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft ist vom Bundesgericht am 1. Oktober 2005 abgewiesen worden. Das Bundesgericht befand im Wesentlichen, die Vorinstanz habe die Sache auf der Grundlage der dem Angeklagten bekannten (und nach Beendigung der Sanierungsarbeiten wieder hergestellten) früheren Signalisation und Verkehrsübung beurteilt und damit nach dem Vertrauensprinzip. Damit verletze sie kein Bundesrecht.

2.3 Zivilprozess

Der nachfolgende Entscheid stammt zwar nicht von einem Organ der ausserrhodischen Rechtspflege. Gleichwohl verdient er, aufgrund seiner überragenden Bedeutung veröffentlicht zu werden.

3468

Rechtshilfe. In Eheschutzverfahren besteht zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. dem Kanton Appenzell A.Rh. bezüglich Gewährung von Rechtshilfe Gegenseitigkeit. Das bedeutet, dass liechtensteinische Bankinstitute dem Kantonsgericht von Appenzell A.Rh. gegenüber auskunftspflichtig sind.

1. Das Kantonsgericht Appenzell A.Rh. ersucht das Fürstliche Landgericht in der Zivilsache zwischen W.A. und M.A.-R. im Verfahren betreffend Eheschutz mit Schriftsatz vom 20.06.2005 um Rechtshilfe. Im Rechtshilfeersuchen wird der Sachverhalt folgendermassen zusammengefasst: Die Parteien hätten am 17.03.1989 in Herisau geheiratet. Der Ehe würden drei Kinder entstammen. Die Eheleute hätten immer Wohnsitz in Herisau gehabt. Seit Dezember 2004 würden sie getrennt leben. Mit Eingabe vom 02.02.2005 habe der Ehemann um Anordnung von Eheschutzmassnahmen ersucht. Umstritten seien die Unterhaltsbeiträge für die Ehefrau und die Kinder bzw. die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ehemannes. Die Ehefrau habe in diesem Zusammenhang geltend gemacht, der Ehemann oder die von ihm beherrschte N. Tiefbau AG besitze bei drei Banken im Fürstentum Liechtenstein Guthaben. Gegenstand des Ersuchens sind Bankauszüge für den Zeitraum 01.02.2003 bis 31.05.2005 bei drei liechtensteinischen Finanzinstituten.

2. Das Fürstliche Landgericht hat mit Verfügung vom 29.06.2005 in Anwendung von § 27 Abs. 2 Z 3 JN die Akten dem Fürstlichen Obergericht zugehen lassen, dies zur Abgabe einer bindenden Erklärung betreffend die Beobachtung der Gegenseitigkeit durch die Schweizerische Eidgenossenschaft.

Das Fürstliche Obergericht gibt in Bezug auf den Bestand der Gegenseitigkeit zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweizerischen Eidgenossenschaft - konkret dem Kanton Appenzell A.Rh. - in Bezug auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt die bindende Erklärung ab, dass die Gegenseitigkeit beachtet wird.

Einzuräumen ist, dass auch die Behörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. des Kantons Appenzell A.Rh. ausländischen Behörden in Bezug auf die Durchbrechung des Bankgeheimnisses keineswegs generell Auskunft erteilen, sondern dabei den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.

Bei der hier gegebenen Sach- und Rechtslage darf mit Fug und Recht davon ausgegangen werden, dass das für Rechtshilfe zuständige Appenzell-Ausserrhodische Gericht auf Ersuchen des Fürstlichen Landgerichtes bzw. eines Instanzgerichtes Rechtshilfe gewähren würde. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 170 ZGB eine Auskunftspflicht eines Ehegatten gegenüber seinem Partner besteht, und zwar geht es um die Auskunft über Einkommen, Vermögen und Schulden.

In Abs. 2 von Art. 170 ZGB heisst es sodann, dass auf Begehren eines Ehegatten das Gericht den andern Ehegatten oder Dritte verpflichten kann, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen. Das Fürstentum Liechtenstein hat in Art. 49c EheG die Absätze 1 und 2 des Art. 170 ZGB praktisch wortwörtlich rezipiert („... Vermöge oder Schulden“ statt „Vermögen und Schulden“, Abs. 1 und „der Richter“ statt „das Gericht“, Abs. 2).

In Bezug auf den dritten Absatz besteht zwischen der schweizerischen Fassung (170 ZGB) und der liechtensteinischen (in Art. 49c EheG) ein Unterschied. D.h., das schweizerische Recht hat in Bezug auf die Auskunftspflicht einen konkreten Vorbehalt betreffend das Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Geistlichen und ihrer Hilfspersonen gemacht, während das liechtensteinische Recht eine allgemeine Formulierung enthält.

Die liechtensteinische Rechtsprechung hat nun aber Art. 49c Abs. 3 EheG in der Weise konkretisiert, dass Bankinstitute auskunftspflichtig-

tig sind (vgl. Beschluss OG vom 31.10.2001 zu 9 Eg 2001.19-21, bestätigt durch Beschluss OGH vom 07.03.2002).

Aus den angeführten Gründen, darf bezogen auf den konkreten Tatbestand, die Gegenseitigkeit als gewährleistet betrachtet werden. D.h. das zuständige Appenzell-Ausserrhodische Gericht würde einem entsprechenden Ersuchen eines Fürstlich Liechtensteinischen Gerichtes betreffend eine im Kanton Appenzell A.Rh. tätige Bank Rechtshilfe gewähren, d.h. diese Bank auffordern, die Auskünfte über das Bankkonto bzw. die Bankkonten dem Fürstlich Liechtensteinischen Gericht zu erteilen.

Fürstliches Obergericht FL 07.07.2005

3469

Vorsorgliches Massnahmeverfahren. Prozesskostenbevorschussung im internationalen Verhältnis.

Sachverhalt:

Beide Parteien sind deutsche Staatsangehörige. Der Ehemann wohnt in Spanien, die Ehefrau in L. Am 14. August 2003 hat der Ehemann beim Amtsgericht S. in Berlin einen Antrag auf Ehescheidung gestellt. Im Januar 2004 reichte die Ehefrau beim Kantonsgericht Appenzell A.Rh. ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ein. Darin verlangte sie unter anderem die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter aber die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Bezüglich der Kinderbelange wurde dem Gesuch mit Entscheid vom 21. Juni 2004 entsprochen, gleichzeitig aber auf die Begehren der Ehefrau um Festsetzung eines Frauenunterhaltsbeitrages sowie eines Prozesskostenvorschusses nicht eingetreten mit der Begründung, dafür sei das deutsche Scheidungsgericht örtlich zuständig. Im parallel laufenden Verfahren vor dem Kantonsgerichtspräsidium betreffend unentgeltliche Rechtspflege wurde die Gesuchstellerin mit Verfügung vom gleichen Tag aufgefordert, innert 14 Tagen beim Amtsgericht S. einen Antrag auf Verpflichtung ihres Ehemannes zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses einzureichen. Am 29.9.2004 teilte der Rechtsvertreter der Ehefrau mit, für das in der Schweiz geführte Ver-

fahren auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen könne beim deutschen Gericht kein Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag verlangt werden. Die vom Unterzeichneten beim Amtsgericht S. eingeholte Auskunft bestätigte dies. Daraufhin wurde die Ehefrau aufgefordert, ein neues Gesuch um Verpflichtung des Ehemannes zur Leistung eines Beitrages an die Kosten des Prozesses betreffend Erlass von vorsorglichen Massnahmen beim Kantonsgerichtspräsidium Appenzell A.Rh. einzureichen.

Aus den Erwägungen:

1. Im Entscheid vom 21. Juni 2004 ist in Erwägung 1 a cc begründet worden, weshalb die örtliche Zuständigkeit des schweizerischen Massnahmerichters für die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses nicht gegeben sei. Auf die entsprechenden Ausführungen kann an dieser Stelle verwiesen werden. Es hat sich nun aber gezeigt, dass die deutschen Gerichte nur dann für die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses zuständig sind, wenn das Verfahren, für das ein Vorschuss verlangt wird, vor dem deutschen Gericht anhängig ist (Auskünfte des Amtsgerichts S. vom 21.9.2004 und 2.11.2004). Die Gesuchstellerin kann somit für den Scheidungsprozess in Berlin einen Prozesskostenvorschuss beanspruchen, nicht aber für das vor dem hiesigen Gericht geführte Verfahren auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Damit aber ergibt sich, dass sich die örtliche Zuständigkeit der ausserrhodischen Gerichte zum Erlass einer vorsorglichen Massnahmenverfügung im Bereich der Prozessunterstützung zwischen den Ehegatten - entgegen der Annahme im Entscheid vom 21. Juni 2004 - doch auf Art. 10 IPRG stützen lässt. Im Übrigen liesse sich die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte auch aus Art. 3 IPRG herleiten.

2. Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'500.--. Der Gesuchsgegner lehnt diesen Antrag ab.

2.1 Zuerst ist die Frage des anwendbaren Rechts zu klären. Nach Art. 62 Abs. 2 IPRG unterstehen vorsorgliche Massnahmen dem schweizerischen Recht. Selbst wenn man die Auffassung vertreten sollte, es handle sich im vorliegenden Fall streng genommen nicht um vorsorgliche Massnahmen, käme trotzdem schweizerisches Recht zur Anwendung. Denn nach einer Rechtsauffassung (*etwa Bräm, Zürcher Kommentar, N. 131ff zu Art. 159 ZGB*) wird die Prozessunterstüt-

zungspflicht aus der allgemeinen Beistandspflicht der Ehegatten hergeleitet (Art. 159 ZGB). Diese Pflicht gehört zu den allgemeinen ehelichen Pflichten, weshalb für das anwendbare Recht auf Art. 48 IPRG abzustellen ist. Da die Parteien ihren Wohnsitz nicht im gleichen Staat haben, ist das Recht desjenigen Wohnsitzstaates anwendbar, mit dem der Sachverhalt in engerem Zusammenhang steht (Abs. 2 von Art. 48 IPRG). Dies ist eindeutig die Schweiz und nicht Spanien, weil Unterstützung für einen in der Schweiz geführten Prozess beantragt wird. Sollte man aber, wie dies auch der Gesuchsgegner tut, die Prozessunterstützungspflicht als Ausfluss der Unterhaltspflicht erachten (*Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N. 38 zu Art. 159 und N. 15 zu Art. 163 ZGB*), wäre nach Art. 49 IPRG das Haager Übereinkommen vom 2.10.1973 über das auf die Unterhaltspflicht anzuwendende Recht heranzuziehen. Nach dessen Art. 4 Abs. 1 ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten massgebend, hier also schweizerisches Recht.

2.2 Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist üblicherweise über einen Vorschuss für den Scheidungsprozess zu entscheiden. Hier nun aber steht ein Unterstützungsbeitrag für das vorsorgliche Massnahmeverfahren zur Diskussion. Aus der ehelichen Beistands- und Unterstützungspflicht folgt indessen nicht nur die Pflicht zur Leistung von Vorschüssen für einen erst noch durchzuführenden Prozess, sondern auch die Pflicht zur Leistung von Beiträgen an die Kosten desjenigen Verfahrens, in dem über diese Unterstützungspflicht entschieden wird (ZR 85 [1986] Nr. 32). Auch ein solcher Beitrag ist gleich wie die eigentlichen Prozesskostenvorschüsse als Vorschuss aufzufassen, der bei einer späteren güterrechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich in Anrechnung zu bringen ist (ZR 85 [1986] Nr. 32).

2.3 Gestützt auf Art. 159 oder 163 ZGB kann der leistungsfähige Ehegatte verpflichtet werden, dem bedürftigen andern Ehegatten auf dessen Begehren hin die finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses zur Verfügung zu stellen. Unerheblich ist dabei die Parteistellung des Ehegatten, der den Kostenvorschuss verlangt. Beistandsbedürftigkeit ist gegeben, wenn der Ansprecher ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhaltes nicht über eigene Mittel verfügen kann.

2.4 Die Gesuchstellerin ist bedürftig, da sie weder über Vermögen noch Einkommen verfügt. Auch dem Gesuchsgegner steht kein freies Vermögen zur Verfügung. Hingegen erzielt er Einkünfte von rund Fr. 10'000.-- pro Monat. Selbst wenn man dem Gesuchsgegner einen grosszügigen Notbedarf von einigen tausend Franken zugestehen würde und dazu noch die Unterhaltspflicht für die Kinder berücksichtigt, ergibt sich ein Freibetrag von rund Fr. 2'000.--. Aus Gründen der Gleichbehandlung muss dieser Betrag beiden Ehegatten zu gleichen Teilen zur Prozessfinanzierung zur Verfügung stehen. Der Bedarf der Gesuchstellerin in der geltend gemachten Höhe von Fr. 6'500.-- ist ausgewiesen. Mithin hat der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin während sechs Monaten je Fr. 1'000.-- und im siebten Monat Fr. 500.-- zu bezahlen.

KGP 02.03.2005

Vgl. Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten vom 21.6.2004, Nr. 3457.

3470

Arbeitsvertrag. Arbeitslosenkasse, Parteiwechsel, Legalzession (Art. 29 AVIG)

Aus dem Sachverhalt:

A. war seit dem 8. Juli 2003 bei der X. GmbH als Monteur angestellt. Am 30. Juni 2004 hat die X. GmbH ihn fristlos entlassen. A. hat die fristlose Entlassung beim Einzelrichter des Kantonsgerichts angefochten und eine Lohnforderung für den Monat Juni 2004 sowie eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung eingeklagt. Der Einzelrichter hat die X. GmbH verpflichtet, A. für den Zeitraum vor der fristlosen Entlassung Fr. 2'829.25 zu bezahlen. Eine Entschädigung hat der Einzelrichter nicht zugesprochen, weil die fristlose Entlassung von A. gerechtfertigt war.

Da die Arbeitslosenkasse des SMUV Ostschweiz A. nach der fristlosen Entlassung Arbeitslosentaggelder ausgerichtet hat, ist sie mit einer von ihr bezeichneten Interventionserklärung dem Prozess beigetreten.

Aus den Erwägungen

1. Am 10. November 2004 hat der SMUV Ostschweiz eine so genannte Interventionserklärung bei der Vorinstanz eingereicht und mitgeteilt, dass er dem Kläger für die Zeit vom 01. bis 31. Juli 2004 Taggelder von insgesamt Fr. 3'446.85 netto ausbezahlt habe. Grundlage für die so genannte Interventionserklärung des SMUV Ostschweiz war Art. 29 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0). Aufgrund dieser Bestimmung ist die Arbeitslosenversicherung vorleistungspflichtig und richtet dem Versicherten Taggelder aus, obwohl (noch) nicht feststeht, ob ihm Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Die Sonderregel des Art. 29 AVIG ist wichtiges Bindeglied an der Schnittstelle zwischen dem Ende des Arbeitsverhältnisses und dem Eintritt der Arbeitslosigkeit. Sie garantiert dem arbeitslos gewordenen Versicherten in dieser Übergangsphase aus sozialen Gründen den für seinen Lebensunterhalt notwendigen Erwerbssatz und nimmt ihm die mit einem Prozess gegen den früheren Arbeitgeber verbundenen Kosten- und Inkassorisiken ab. Sie erfüllt damit eine bedeutende Koordinationsfunktion zum Arbeitsrecht und stellt eine Ausnahmebestimmung zu Art. 11 Abs. 3 AVIG dar, wonach ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, wenn dem Arbeitslosen Lohn- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Dem Zweck entsprechend ist die Kasse bei Vorliegen von begründeten Zweifeln verpflichtet, Taggelder auszuzahlen, sofern der Versicherte die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (vgl. *Thomas Nussbaumer, Arbeitslosen-versicherung, in H. Koller/G. Müller/R. Rhinow/U. Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Genf/München 1998, Rz. 365*). Die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung für den Monat Juni 2004 waren beim Kläger offenbar erfüllt, obwohl aufgrund des hängigen Rechtsstreites bei der Vorinstanz noch nicht sicher war, ob dem Kläger wegen allenfalls ungerechtfertigter fristloser Entlassung gegenüber der Beklagten noch ein Entschädigungsanspruch für den Juli 2004 zustehen würde.

2. Mit der vom SMUV Ostschweiz dem Kläger per Ende Juli 2004 ausgerichteten Zahlung gingen gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG alle Ansprüche des Versicherten gegenüber dem Arbeitgeber auf die Kasse über. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Subrogation der Ansprüche (Art. 166 OR). Von der Legalzession werden auch die verfahr-

rensmässigen Rechte und die Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 343 OR erfasst. Ob die Kasse einen bereits vom Versicherten eingeleiteten Arbeitsgerichtsprozess als Partei weiter führen oder diesem als Nebenpartei beitreten kann, beurteilt sich nach dem kantonalen Prozessrecht (*Thomas Nussbaumer, a.a.O., Rz 369*).

Nach dem Zivilprozessrecht des Kantons Appenzell A.Rh. liegt im Falle von Zahlungen nach Art. 29 AVIG ein (teilweiser) Parteiwechsel und nicht eine sogenannte Hauptintervention (Art. 52 ZPO) vor, weil der bis zur Zahlung dem Versicherten zustehende Anspruch (Streitgegenstand) mit der Zahlung von Gesetzes wegen auf die Kasse übergeht (gleiche Rechtslage im Kanton St. Gallen, vgl. GVP SG 1994 Nr. 52, 1995 Nr. 56). Die Vorinstanz ist korrekt von diesen Regeln ausgegangen. Sie hat gestützt auf Art. 59 ZPO bezüglich der von der Kasse dem Versicherten (Kläger) gegenüber erbrachten Zahlungen einen partiellen Parteiwechsel angenommen.

3. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat. Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinanderfolgende volle Arbeitstage dauert. Der Grundgedanke in Art. 11 Abs. 1 AVIG liegt darin, dass ein Arbeitsausfall nur dann zu entschädigen ist, wenn er ein bestimmtes Mindestmass erreicht und mit einem Verdienstaufschlag gekoppelt ist. So ist der Arbeitsausfall nicht anrechenbar, wenn die versicherte Person trotz Arbeitsausfalls einen Lohnanspruch oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche hat (Art. 11 Abs. 3 AVIG). Sind für die Zeit des Arbeitsausfalles Lohnansprüche oder Schadenersatzansprüche für entgangenen Lohn zweifelhaft, d.h. zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses umstritten, verpflichtet Art. 29 Abs. 1 AVIG, wie oben ausgeführt, die Kasse, dem versicherten Arbeitslosen-Entschädigungen auszurichten. Aus der so genannten Interventionserklärung des SMUV Ostschweiz ergibt sich, dass die an den Kläger ausbezahlten Taggelder den Verdienstaufschlag für den Monat Juli 2004 abgedeckt haben. Mit der offenbar Ende Juli 2004 erfolgten Zahlung sind die Ansprüche des Versicherten auf die Kasse übergegangen. Es waren dies allfällige Ansprüche ab dem 1. Juli 2004. Die Vorinstanz hat dem Kläger aber für diesen Zeitraum nichts zugesprochen, weil sie der Ansicht war, die fristlose Entlassung sei gerechtfertigt gewesen. Der Kläger hat sich mit dieser Beurteilung

abgefunden. Auch der sich als Kläger 2 am Verfahren bei der Vorinstanz beteiligende SMUV Ostschweiz hat gegen die Abweisung der Ansprüche für den Juli 2004, in die er durch seine Zahlung subrogiert war, nicht appelliert. Damit ist dieser Teil des Urteils der Vorinstanz rechtskräftig geworden und die Arbeitslosenkasse des SMUV Ostschweiz kann gegenüber der Beklagten nichts mehr fordern. Für den Zeitraum bis zum 30. Juni 2004 hat die Arbeitslosenkasse des SMUV Ostschweiz keine Taggelder im Sinne von Art. 29 AVIG ausgerichtet. Sie ist daher auch in keine Ansprüche des Versicherten subrogiert, weshalb die Vorinstanz die gutgeheissene Forderung von Fr. 2'829.25 nicht ihr zusprechen konnte. Die Ansprüche bis zum 30. Juni 2004 standen und stehen nach wie vor dem Kläger A. zu.

OGP 24.08.2005

3471

Örtliche und sachliche Zuständigkeit, Streitwert und Klage auf Zahlung in fremder Währung, anwendbares Recht. Auftragsverhältnis mit internationalem Bezug.

Sachverhalt:

Dem Beklagten wurde Anfang April 2003 in Mailand ein Koffer mit € 550'000.00 gestohlen. Die Klägerin behauptet, im Zusammenhang mit diesem Vorfall im Auftrag des Beklagten verschiedene Anwaltsdienstleistungen erbracht zu haben. Ihre Rechnung bezahlte der Beklagte nicht, so dass die Klägerin ihre Forderung nun auf dem Weg des Zivilprozesses geltend macht. Nach Ansicht des Beklagten hat die Klägerin überhaupt keine Leistungen für ihn erbracht bzw. nicht die gebotene anwaltliche Sorgfalt walten lassen. Es sei ihr zuzuschreiben, dass Haftungssubstrat nicht habe sichergestellt werden können.

Aus den Erwägungen:

1. Bei der vorliegenden Klage ist ein Sachverhalt mit internationalem Bezug gegeben. Die Klägerin ist als Rechtsanwältin in Italien tätig. Der Beklagte wohnt in der Schweiz. Somit ist zunächst zu prüfen, welche staatlichen Gerichte für die Beurteilung der Klage zuständig sind. Die Zuständigkeit richtet sich in diesem Fall nach dem Über-

einkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ), denn sowohl die Schweiz als auch Italien sind Mitgliedstaaten dieses Übereinkommens und dass es sich hier um eine Zivilsache im Sinne des LugÜ handelt, ist offensichtlich und auch nicht bestritten. Gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats haben, vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Der Beklagte hat seinen Wohnsitz in der Schweiz und ist daher in der Schweiz ins Recht zu fassen.

Innerhalb der Schweiz richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Gerichtsstandsgesetz (GestG). Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a GestG ist für Klagen gegen natürliche Personen das Gericht an deren Wohnsitz zuständig. Der Beklagte wohnt in S. im Kanton Appenzell Ausserrhoden. Das angerufene Gericht ist daher zur Beurteilung dieser Klage örtlich zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 12 Ziff. 1 ZPO.

2. Gemäss Art. 115 Abs. 1 ZPO richtet sich der Streitwert einer Klage auf Geldzahlung, vorbehaltlich allfälliger Widerklagebegehren, auf die noch einzugehen sein wird, nach dem klägerischen Rechtsbegehren. Die Klägerin klagt vorliegend auf fremde Währung. Eine solche Klage ist zulässig (*OGer AR, Urteil vom 27.08. 1996, S. AG c. J.H., Proz.Nr. 9/95; Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Ziff. 5 zu Art. 203 ZPO*). Eine fremde Währung ist zur Bestimmung des Streitwerts zum Mittelkurs für Devisen im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit umzurechnen (*Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, N 1 zu § 18*). Der so ermittelte Streitwert der Klage auf fremde Währung ist nicht gleichzusetzen mit der Forderung an sich, die bis zur Bezahlung allfälligen Kursschwankungen unterliegen kann. Der Streitwert ist lediglich massgeblich zur Bestimmung des Verhältnisses von Siegen und Unterliegen im Prozess, zur Festlegung der amtlichen Kosten und der Parteientschädigungen sowie zur Beantwortung der Frage, ob ein Entscheid bei Bestehen von Streitwertgrenzen berufungsfähig ist. Bei Gutheissung der Klage ist der Betrag in der Währung zuzusprechen, in der er verlangt wurde. Gemäss Art. 118 Abs. 1 ZPO wird ein Klageanspruch mit der Stellung des Vermittlungsbegehrens – vorliegend der 15. September 2003 - rechtshängig. Die von der Klägerin geltend gemachte Forderung von € 5'582.52 entsprach an jenem Tag einem Betrag von Fr. 8'688.10 (*Quelle: Wäh-*

runiskonverter www.oanda.com/convert/classic). Dieser Betrag entspricht dem Streitwert der hier zu beurteilenden Klage.

Der Beklagte erhob am Vermittlungsvorstand Widerklage im Betrag von Fr. 750'000.00, verzichtete in der Folge jedoch auf deren Weiterführung und liess mit Klageantwort vom 7. April 2004 und anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Dezember 2004 sinngemäss beantragen, es sei die Widerklage zufolge Rückzug angebrachtermassen – also unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung – als erledigt am Gerichtsprotokoll abzuschreiben. Hätte der Beklagte auch während des Gerichtsverfahrens an seiner Widerklage festgehalten, so wäre der Streitwert der Widerklage in Anwendung von Art. 115 Abs. 4 ZPO zu dem des Streitwerts des klägerischen Rechtsbegehrens hinzuzuzählen gewesen. Da er sie aber zurückzog, ist für das Gerichtsverfahren – wie oben festgehalten – von einem Streitwert von Fr. 8'688.10 auszugehen.

3. Im internationalen Verhältnis bestimmt Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG, nach welchem Recht ein bestimmter Sachverhalt von schweizerischen Gerichten zu beurteilen ist. Vorliegend ist unbestrittenermassen über ein Vertragsverhältnis zu urteilen. Nachdem die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, untersteht der Vertrag gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Dabei stellt Abs. 2 von Art. 117 IPRG die Vermutung auf, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihre berufliche Niederlassung hat. Beim Auftrag gilt als charakteristische Leistung nach Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG die Dienstleistung selbst und nicht etwa die allfällige Vergütung. Im Streit liegt ein Vertragsverhältnis über das Erbringen von Anwaltsdienstleistungen. Es handelt sich hier auch nicht um einen sogenannten Konsumentenvertrag über Leistungen des üblichen persönlichen oder familiären Gebrauchs im Sinne von Art. 120 IPRG (*Keller/Kern Kostkiewicz, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., 2004, N 21 ff. zu Art. 120 IPRG*).

Die Frage der Vergütung beim vorliegenden Auftragsverhältnis über das Erbringen von anwaltlichen Dienstleistung durch die Klägerin, die ihre geschäftliche Niederlassung in Mailand hat, ist daher nach italienischem Recht zu beurteilen.

KGer 13.12.2004

3472

Rechtsmittelfrist. Die Frist zur Anmeldung einer Appellation wird durch schriftliche Eingabe bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung eingehalten (Art. 5 Abs. 2 VRPG). Das gilt im Zivilprozess seit Aufhebung des Gesetzes über den Fristenlauf weiterhin.

Aus den Erwägungen:

1. Die Einreichung einer Appellation erfolgt nach appenzell-ausserrhodischem Prozessrecht zweistufig. Zunächst wird ein Urteil durch Zustellung des sogenannten Dispositivs eröffnet (Art. 202 Abs. 1 der Zivilprozessordnung, ZPO, bGS 231.1). Nach Erhalt des Dispositivs hat die appellierende Partei die Appellation innert der gesetzlichen Frist bei der Kantonsgerichtskanzlei schriftlich anzumelden (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Nach der Anmeldung stellt das Gericht den Parteien den begründeten Entscheid zu (Art. 203 ZPO). Nach Empfang des begründeten Urteils ist die Appellationserklärung innert der gesetzlichen Frist schriftlich beim Obergericht einzureichen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dieses zweistufige Verfahren gilt auch im summarischen Verfahren vor den Einzelrichtern des Kantonsgerichts (Art. 221 Abs. 1 ZPO) sowie im Appellationsverfahren vor dem Einzelrichter des Obergerichts (Art. 273 Abs. 1 ZPO). Die Appellationsfrist im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren beträgt fünf Tage (Art. 273 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b ZPO).

B. hat den begründeten erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid am 19. August 2005 in Empfang genommen. Mit der am 23. August 2005 der Post übergebenen Appellationserklärung hat er die Appellationserklärungsfrist offensichtlich eingehalten. Ob er auch die Frist zur Anmeldung der Appellation gewahrt hat, wird nachfolgend in Ziffer 2 untersucht.

2.1 Wie bereits erwähnt, ist die Appellation innert fünf Tagen nach Zustellung des Dispositivs bei der Vorinstanz schriftlich anzumelden. Aus den von der Vorinstanz beigezogenen Akten ergibt sich, dass das Dispositiv den Parteien am 7. Juli 2005 eröffnet worden ist. Die Sendung für B. wurde von der Post an die Vorinstanz zurückgesandt mit dem Vermerk: „*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden; abgereist ohne Adressangabe*“. Nachdem der Rechtsöffnungsentscheid dem Schuldner auf dem ordentlichen Wege

nicht zugestellt werden konnte, hat die Vorinstanz den Hinweis auf das Dispositiv publiziert (Art. 205, 221 Abs. 2 ZPO). Im Amtsblatt des Kantons Appenzell A. Rh. vom 15. Juli 2005 wurde B. aufgefordert, innert der nächsten sieben Tage das ihn betreffende Dispositiv des Einzelrichters des Kantonsgerichtes beim Kantonsgerichtspräsidium abzuholen oder schriftlich anzufordern. B. wurde darauf aufmerksam gemacht, dass nach unbenutztem Ablauf der Abholfrist die Rechtsmittelfrist zu laufen beginne. Das Amtsblatt ist am Mittwoch, 20. Juli 2005, erschienen. Am 15. August 2005 ist bei der Vorinstanz über den diplomatischen Kurier des Bundes die Appellationsanmeldung von B. eingegangen. Sie trägt das Datum vom 1. August 2005 sowie eine Bescheinigung der schweizerischen Botschaft in New Delhi, dass diese Appellationsanmeldung am 8. August 2005 bei der Botschaft eingetroffen sei. Während das Datum des Rechtsöffnungsentscheids und dessen erster Eröffnungsversuch ausserhalb der Betreibungsferien lagen, fiel die Wiederholung der Eröffnung des Dispositivs in den Friststillstand (Betreibungsferien) im Sinne von Art. 56 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1). Es ist somit zu prüfen, ob der Friststillstand einen Einfluss auf die Appellationsanmeldefrist hatte.

2.2 Die Erteilung der Rechtsöffnung ist eine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG. Umstritten sind die Rechtsfolgen, wenn der Rechtsöffnungsrichter die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand nicht beachtet. In der neueren Rechtsprechung wird zwischen dem Rechtsöffnungsverfahren, in dem ein mündlicher Rechtsöffnungsvorstand stattfindet, und dem rein schriftlichen Verfahren unterschieden. Da die Möglichkeit des Schuldners sich zu äussern auf Gesetzes- und Verfassungsstufe garantiert ist und er während der Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand nicht gehalten ist, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, ist ein anlässlich einer Verhandlung während der Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand ergangener Entscheid anfechtbar. Wird hingegen in einem rein schriftlichen Rechtsöffnungsverfahren, wie es die hiesigen Einzelrichter des Kantonsgerichtes durchführen, und wie es auch im Verfahren gegen B. stattgefunden hat, der Rechtsöffnungsentscheid während der Betreibungsferien zugestellt, so entfaltet dieser Entscheid seine Wirkungen einfach nach Ablauf des Friststillstandes. Der Entscheid gilt diesfalls am Tage nach dem Ende der Betreibungsferien als zugestellt und die Rechtsmittelfrist beginnt am folgenden Tage zu laufen (*vgl. zum Gan-*

zen Daniel Staehelin in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 84 N. 60/61*). Im vorliegenden Falle ist nun aber am 20. Juli 2005 nicht der Rechtsöffnungsentscheid respektiv dessen Dispositiv publiziert worden, das den Lauf der gesetzlichen Rechtsmittelfrist ausgelöst hätte, sondern es ist B. eine Abholfrist angesetzt worden, mit deren unbenütztem Ablauf erst die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnen sollte. Ob diese Art von Publikation mit Art. 205 ZPO vereinbar ist, kann hier offen bleiben, weil sich B. auf die Mitteilung der Vorinstanz und die darin angesetzten Fristen nach Treu und Glauben verlassen durfte (*Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1988, § 13 N. 64*).

2.3 *Betreibungsferien und Rechtsstillstand hemmen den Fristenlauf nach Art. 63 SchKG nicht.* Fällt jedoch für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten das Ende einer Frist in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes, so wird die Frist bis zum dritten Tag nach dem Ende verlängert. Diese Bestimmung über die Wirkungen auf den Fristenlauf ist nicht auf fristauslösende Betreibungshandlungen beschränkt, sondern stellt eine materielle Ergänzung des Art. 31 Abs. 3 SchKG dar. Die Verlängerung gilt auch für die Fristen im Zusammenhang mit Gerichtsverfahren wie etwa dem Rechtsöffnungsverfahren (*Thomas Bauer in Staehelin/Bauer/Staehelin, a.a.O., Art. 63 N. 8*). Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die siebentägige Abholfrist am Tage nach Erscheinen des Amtsblattes, also am 21. Juli 2005, zu laufen begann und, nachdem ihr Ende (27.07.2005) noch in die Betreibungsferien fiel, bis zum Mittwoch, 3. August 2005, verlängert wurde. Am 4. August begann dann mitteilungs-gemäss die Appellationsanmeldefrist von fünf Tagen zu laufen. Diese endigte ihrerseits am 8. August 2005. An diesem Tag ist die Appellationsanmeldung bei der schweizerischen Botschaft in New Delhi eingegangen. Es bleibt somit noch zu prüfen, ob die Frist mit der Einreichung der Anmeldung bei einer schweizerischen diplomatischen Vertretung gewahrt wurde.

2.4 Im Zusammenhang mit dem auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen total revidierten Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.3) wurden das Gesetz vom 28. April 1985 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, bGS 143.5) das Gesetz vom 25. April 1993 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VGG, bGS 143.6) sowie das Gesetz vom 26. April 1970 über den Fristenlauf (FLG, bGS 143.4)

aufgehoben. Im erläuternden Bericht vom 16. Oktober 2001 zum neuen VRPG heisst es im Zusammenhang mit der Aufhebung des FLG:

„Als Folge der Integration des Fristenlaufgesetzes (in das VRPG), das nicht nur für das Verwaltungsverfahren sondern auch für den Straf- und den Zivilprozess anwendbar ist, werden kleinere Änderungen der StPO und der ZPO notwendig. Die Revision der ZPO ist im Gange; die erforderliche Änderung der StPO erfolgt im Rahmen der Übergangsbestimmungen des VRPG (Art. 64 Ziff. 5)“.

In der Folge ist das neue VRPG programmgemäss auf den 1. Januar 2003 in Kraft gesetzt und das FLG auf den gleichen Zeitpunkt aufgehoben worden. Die erwähnte Revision der ZPO ist entgegen den Erwartungen noch heute nicht abgeschlossen. Sie wird vielmehr am 12. September 2005 in erster Lesung im Kantonsrat beraten. In Art. 71 der geltenden Fassung der ZPO wird für die Berechnung der Fristen unter Vorbehalt abweichender Vorschriften des Bundesrechts noch auf die Bestimmungen des kantonalen FLG verwiesen. Nachdem dieses aufgehoben ist, fehlen in der ZPO zur Zeit Bestimmungen über Beginn und Ende der Fristen (Art. 2, 3 FLG). Diesbezüglich ist daher offensichtlich eine Gesetzeslücke entstanden, die nach Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, bGS 210) vom Richter zu schliessen ist. Der Richter soll dabei nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, wie hier, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Das bedeutet, dass der Richter beim Vorliegen einer Gesetzeslücke den Fall nicht nach seinen besonderen Umständen oder etwa gar nach Billigkeit zu entscheiden hat, sondern eine Regel bilden muss, nach der alle derartigen Fälle entschieden werden können (*Heinrich Honsell in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Basel/Genf/München 2002, Art. 1 N. 34*). Im aufgehobenen Art. 3 Abs. 3 FLG wurde bestimmt, dass eine Frist am letzten Tag um 24 Uhr ablaufe. Sie galt als eingehalten, wenn bis zu diesem Zeitpunkt die betreffende Handlung vorgenommen oder schriftliche Eingaben einer Schweizerischen Poststelle übergeben werden. Die analogen Bestimmungen über das Ende einer Frist im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege lauten gleich, sind aber dadurch ergänzt worden, dass Eingaben zusätzlich einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland übergeben werden können (Art. 5 Abs. 2 VRPG). Nach Art. 71 Abs. 3 des beim Kantonsrat liegenden Entwurfes der ZPO wird eine Frist gleich wie im VRPG ge-

wahrt, wenn die entsprechende Eingabe bis zum Ende der Frist bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland eingeht. Eine analoge Bestimmung ist seit 1997 auch in Art. 33 Abs. 1 des revidierten SchKG enthalten. Dies entspricht moderner Gesetzgebung auf dem Gebiete der Fristen. In den umfangreichen Vernehmlassungsbeiträgen zur neuen ZPO ist die fristwahrende Eingabe an eine diplomatische oder konsularische Vertretung überhaupt nicht kritisiert worden. Es kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der kantonale Gesetzgeber, wie schon im VRPG, die vorgeschlagene Bestimmung so erlassen wird. Es erscheint daher sachgerecht, wenn der Richter während der voraussichtlich noch kurzen Zeit bis zum Inkrafttreten der revidierten ZPO die durch die Aufhebung des FLG entstandene Lücke im Sinne des VRPG und des gleichlautenden Entwurfs zur ZPO füllt. Das bedeutet, dass die am 8. August 2005 bei der Schweizer Botschaft in New Delhi eingegangene Appellationsanmeldung von B. rechtzeitig war, weshalb auf seine Appellation eingetreten werden kann.

OGP 25.08.2005

3473

Justizaufsichtskommission. Wiederherstellung der versäumten Frist zur Einreichung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde. In casu liegt ein erhebliches Verschulden vor (Art. 75 Abs. 1 ZPO). Bevollmächtigter Vertreter.

Sachverhalt:

1. Mit Eingabe vom 8. Januar 2005 (Postaufgabe) stellte X. den Antrag, die versäumte 14-Tage-Frist für die Einreichung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 280 ZPO gegen den Entscheid des Einzelrichters vom 05. April 2004 sei wiederherzustellen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, das ausformulierte Urteil sei am 24. Juni 2004 an seinen Bevollmächtigten, V., zugestellt worden. Dieser habe es am 28. Juni 2004 entgegengenommen. In dieser Zeit habe V. seinen Auftrag als Bevollmächtigter und als Zustelladresse hingeschmissen, was dieser nach vorheriger

Mitteilung an ihn, am 6. Juli 2004 auch dem Kantonsgerichts-Präsidium bekannt gegeben habe. Weil V. sich geweigert habe, ihm den Inhalt des begründeten Urteils mitzuteilen, habe er keine Rechtsverweigerungsbeschwerde formulieren können. Am 27. Dezember 2004 habe V. ihm dann sämtliche Akten übergeben, welche dieser in seiner Funktion als Zustellberechtigter in Empfang genommen habe. An diesem Tag habe er von der Urteilsbegründung Kenntnis erlangt.

2. Wegen Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung sowie wegen Willkür bei der Ausübung der Zivilrechtspflege kann, sofern keine Appellation möglich ist oder wenn diese zu spät käme, bei der Justizaufsichtskommission Beschwerde geführt werden (Art. 280 Abs. 1 ZPO). Weil der Streitwert der Klage nur Fr. 37.50 beträgt, ist der Entscheid des Einzelrichters vom 5. April 2004 endgültig (Art. 7 Ziff. 2 ZPO). Dem Gesuchsteller steht mithin die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission offen (vgl. auch *Max Ehrenzeller, Kommentar ZPO, N 4 zu Art. 280 ZPO*).

3.1 Das Wiedereinsetzungsgesuch ist spätestens innert 10 Tagen nach Wegfall des Hindernisses beim Gericht schriftlich mit Begründung und Ausweisen einzureichen. Im Einverständnis der Gegenpartei kann auch ein späteres Gesuch zugelassen werden (Art. 75 Abs. 2 ZPO).

Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob die 10-tägige Frist nach Art. 75 Abs. 2 ZPO eingehalten wurde. Nach eigener Darstellung hatte der Gesuchsteller bereits Anfang Juli 2004 Kenntnis davon, dass das Kantonsgerichts-Präsidium das Urteil den Parteien zugestellt hatte und sein bevollmächtigter Vertreter sich weigerte, ihm den exakten Inhalt des Urteils weiterzuleiten. Unter diesen Umständen könnte man die Meinung vertreten, dass X. sich sofort mit dem Kantonsgerichts-Präsidium hätte in Verbindung setzen und einen anderen Vertreter bezeichnen müssen. Geht man hingegen davon aus, dass er zuverlässige Kenntnis des Urteils erst am 27. Dezember 2004 erlangt hat, ist das Gesuch im Hinblick auf die Gerichtsferien über Weihnachten und Neujahr rechtzeitig eingereicht worden. Angesichts der nachfolgenden Überlegungen kann diese Frage indessen offen gelassen werden.

3.2 Bei der Beschwerde an die Justizaufsichtskommission nach Art. 281 Abs. 1 ZPO handelt es sich um eine nicht erstreckbare gesetzliche Frist. Gemäss Art. 75 Abs. 1 ZPO wird eine verwirkte Frist wieder hergestellt, sofern das Versäumnis unverschuldet ist. Eine

Wiederherstellung steht dagegen im Ermessen des Richters, wenn das Verschulden leicht ist oder das Einverständnis der Gegenpartei vorliegt (Ziff. 2).

Dabei darf unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des geordneten Verfahrensgangs ein Hinderungsgrund nicht leichthin angenommen werden. Ein unverschuldetes Hindernis liegt vor, wenn es der Partei oder ihrem Vertreter infolge eines von ihrem Willen unabhängigen Umstandes objektiv unmöglich war, die Frist zu wahren. Säumnis kann beispielsweise auf Naturereignissen (Überschwemmung, Erdbeben usw.) oder auf unabwendbaren Zufällen (plötzliche schwere Erkrankung, Inhaftierung, Zugverspätung, Kriegsereignisse etc.) beruhen. Nach der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 35 OG, der anstatt von „unverschuldeter Versäumnis“ von einem „unverschuldeten Hindernis“ spricht, können weiter nicht nur Hinderungsgründe objektiver, sachbedingter Natur, sondern auch subjektiver, psychischer Art eine Wiederherstellung der versäumten Frist rechtfertigen. Letzteres gilt beispielsweise, wenn der Säumige darüber irrt, dass eine Frist läuft oder wenn er über die Tatsache, dass sie von seinem Anwalt nicht benutzt worden ist, sich im Irrtum befindet und deswegen keinen Grund zum eigenen Handeln hat. Ein rechtserheblicher Wiederherstellungsgrund kann auch darin gesehen werden, dass ein Säumiger durch ein Verhalten der Behörde in einen die Fristversäumnis bewirkenden Irrtum versetzt wird, ohne selbst dafür verantwortlich zu sein (Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 5. September 2002, LGVE-2002-I-59, mit Hinweisen).

Davon, dass kein Verschulden vorliegt, kann nach dem Gesagten keine Rede sein. Das Verstreichen lassen der Frist für die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission ist auf das unvermittelte Niederlegen des Auftrages durch den Bevollmächtigten des Gesuchstellers zurückzuführen. X. hatte allerdings sowohl Kenntnis davon, dass das Kantonsgerichts-Präsidium das Urteil des Einzelrichters in der Zwischenzeit zugestellt hatte, als auch davon, dass sein Bevollmächtigter den Auftrag niederlegte. Unter diesen Umständen hätte er nach Meinung der Justizaufsichtskommission nicht einfach untätig bleiben dürfen. Angesichts der heutigen Möglichkeiten der Telekommunikation hätte er ohne weiteres einen neuen Vertreter oder eine neue Vertreterin bestimmen und mit der Übermittlung des Urteiles beauftragen können. Selbst wenn der Bevollmächtigte den Auftrag zur Unzeit nieder-

gelegt hätte, würde dies den Gesuchsteller nicht entschuldigen. Denn im zivilrechtlichen Bereich fällt ein Fehler des Beauftragten nach dem allgemeinen Verständnis auf den Auftraggeber zurück (BGE 119 II 86 f. E. 2 lit. a, ZR 96 [1997] Nr. 6, E. 4.3). Sollte dem Gesuchsteller durch die schlechte Erfüllung des Auftrages ein Schaden erwachsen sein, hätte er sich diesbezüglich gestützt auf die Bestimmungen des Auftragsrechts an den Beauftragten zu halten. Schliesslich liegt auf Seiten des Gerichts kein Fehler vor, da der Einzelrichterentscheid an die im damaligen Zeitpunkt (noch) gültige Zustelladresse gesandt worden ist.

Es bleibt somit dabei, dass das Verstreichen lassen der Frist für die Beschwerde an die Justizaufsichtskommission Folge einer unzureichenden Organisation der eingehenden Post während des mehrmonatigen Auslandsaufenthaltes von X. ist und im Lichte von Art. 75 ZPO ein erhebliches Verschulden darstellt. Nachdem der Gesuchsgegner durch seine gesetzlichen Vertreter erklären liess, dass er mit einer Wiedereinsetzung nicht einverstanden sei, ist das Gesuch abzuweisen.

JuAK 17.02.2005

3474

Justizaufsichtskommission. Unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Vorliegen eines weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht komplexen Sachverhalts. Anspruch verneint (Art. 29 Abs. 3 BV).

Aus den Erwägungen:

1. Mit der Beschwerde an die Justizaufsichtskommission kann gemäss Art. 280 Abs. 1 ZPO Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und Willkür bei der Ausübung der Zivilrechtspflege gerügt werden. Die Beschwerdeführerin lässt in der Beschwerdebegründung vom 8. August 2005 geltend machen, der Entscheid der Vorinstanz, den Antrag auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung abzulehnen, erscheine unverständlich und willkürlich. Den weiteren Ausführungen in der Beschwerdebegründung kann jedoch nicht entnommen werden, inwiefern der Entscheid intensiv fehlerhaft und demzufolge willkürlich

sein soll. Diesbezüglich handelt es sich um unzulässige appellatorische Kritik, auf welche nicht einzutreten ist.

2. Zu prüfen ist somit, ob der angefochtene Entscheid vor dem von der Bundesverfassung garantierten Minimalanspruch standhält. Festzuhalten ist, dass der kantonalrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung nicht weiter geht als derjenige gemäss Art. 29 Abs. 3 BV. Von der Prüfung, ob die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung vor der Minimalgarantie der Bundesverfassung standhält, ist damit auch die Prüfung einer allfälligen Verletzung kantonalen Rechts mitumfasst (*Entscheid der Justizaufsichtskommission vom 29. August 2002, J. 9/02*).

Die Beschwerdeführerin lässt vorbringen, dass sowohl die subjektive als auch die objektive Situation, in der sie sich zum Gesuchszeitpunkt befunden habe, den Beizug einer Rechtsvertreterin notwendig gemacht habe. Sie sei stets mit besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert gewesen. Strittig seien nie nur finanzielle Nebenpunkte gewesen.

Vorab ist festzuhalten, dass in der Beschwerdebegründung die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zutreffend aufgeführt sind. Die Justizaufsichtskommission erachtet angesichts des im Eheschutzverfahren zu beurteilenden, weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht komplexen Sachverhaltes die Beigabe einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin an die Ehefrau zur Wahrung ihrer Rechte als nicht notwendig. Beide Ehegatten leben in sehr einfachen finanziellen Verhältnissen, sind erst rund drei Jahre verheiratet und haben keine gemeinsamen Kinder. Unter diesen Gesichtspunkten ist insbesondere der Bemerkung von RA X., wenn die Ehefrau nicht an der Verhandlung auf einen Unterhaltsbeitrag verzichtet hätte, hätten sich bei der Ermittlung des Einkommens des Ehemannes erhebliche Schwierigkeiten geboten, zu widersprechen. In Nachachtung der in Eheschutzverfahren anwendbaren Officialmaxime wäre es für die Gerichtspräsidentin ohne grossen Aufwand und ohne besondere Schwierigkeiten möglich gewesen, vom aktuellen Arbeitgeber des Ehemannes dessen genaues Einkommen zu erfragen. Gerade auch die Erhebung der relevanten Einkommensdaten in familienrechtlichen Verfahren gehört zum Alltagsgeschäft der Gerichtsbehörden. Dasselbe gilt bezüglich der Feststellung des Getrenntlebens sowie der Gütertrennung, nachdem selbst die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin nicht behauptet hat, es

hätten sich diesbezüglich im Eheschutzverfahren besondere Schwierigkeiten gestellt. Die Berufung auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 10. April 2000 i.S. F.V. ca. G.V. (5P.26/2000) ist im Weiteren unbehelflich, nachdem in jenem Verfahren die finanziellen Auswirkungen für drei eheliche Kinder infolge der Geburt zweier ausserehelicher Kinder zu beurteilen waren und sich somit nicht ganz einfache Rechtsfragen stellten.

Die angesprochenen Gewalttätigkeiten und Bedrohungen des Ehemannes zeigen, dass die Probleme zwischen den Ehegatten Y. überwiegend im zwischenmenschlichen und nicht im rechtlichen Bereich angesiedelt sind. Dementsprechend hat die von hier stammende Beschwerdeführerin sich an die auf solche Fälle spezialisierte Institution - das Frauenhaus - gewandt und laut den Ausführungen ihrer Rechtsvertreterin bei der dortigen Beratungsstelle auch Hilfe erhalten. Hier hätte sie mit grosser Wahrscheinlichkeit auch Auskunft über ihre rechtlichen Möglichkeiten hinsichtlich eines Hausverbots - ein solches wurde gemäss Aussagen von RA X. bereits einmal erteilt - erhalten. Ebenfalls an eine - in der Regel weitgehend kostenlose - Beratungsstelle für mietrechtliche Fragen (Mieterverband) hätte sie sich bezüglich des Ausscheidens aus dem gemeinsamen Mietverhältnis wenden können. Auch hierfür war der Beizug einer Rechtsvertreterin nach Ansicht der Justizaufsichtskommission nicht erforderlich.

Bezüglich Waffengleichheit ist darauf hinzuweisen, dass dieses Gebot mithin nur ein Kriterium von mehreren bei der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsbeistandung darstellt (vgl. O. Vogel, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 7. Aufl., Bern 2001, Kap. 11, N. 59). Angesichts der vorstehenden Ausführungen zur Schwierigkeit und Bedeutung der vom Gericht im Eheschutzverfahren zu beurteilenden Positionen würde sich selbst bei einer allfälligen anwaltlichen Vertretung des Ehemannes an der Eheschutzverhandlung nicht zwingend ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine unentgeltliche Rechtsbeiständin ergeben.

Was den Hinweis in der Beschwerdebegründung bezüglich der anwaltlichen Aufwendungen bis zum Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass der Rechtsvertreterin eine gewisse Vorleistung durchaus zugemutet werden kann (vgl. *Entscheid der Justizaufsichtskommission vom 29. April 2004, JAK 04 6*).

Demgemäss hält die angefochtene Verfügung sowohl einer Überprüfung bezüglich willkürlicher Anwendung kantonalen Rechts, als auch bezüglich des gemäss Bundesverfassung gewährleisteten Minimalanspruches auf unentgeltliche Prozessführung stand.

JuAK 31.10.2005

3475

Sicherheitsleistung. Die Rechtsgleichheit hat Vorrang gegenüber dem Postulat der vorgängigen Sicherstellung einer gefährdeten Kostenforderung.

Sachverhalt:

Mit Stellung des Vermittlungsbegehrens am 30.7.2003 hat der Gesuchsgegner beim Kantonsgericht eine Klage auf Anfechtung eines Vereinsbeschlusses gegen die Gesuchstellerin rechtshängig gemacht. Der Schriftenwechsel dieses Verfahrens ist abgeschlossen und es wird in absehbarer Zeit die Hauptverhandlung stattfinden.

Am 11.2.2004 hat der Einzelrichter ein Gesuch des Gesuchsgegners um Erlass von vorsorglichen Massnahmen abgewiesen und der Gesuchstellerin eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 7'945.95 zugesprochen.

Mit Verfügung vom 3.3.2004 ist dem Gesuchsgegner in der Hauptsache die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 93 Ziffer 4 ZPO besagt u.a., dass die Partei, welche als Klägerin oder Widerklägerin auftritt, nach Anordnung der Gerichtsleitung auf Begehren der Gegenpartei für eine allfällige Parteientschädigung Sicherheit zu leisten hat, wenn sie mit der Zahlung von Rechtskosten oder gegenüber der gleichen Partei mit der Zahlung einer Parteientschädigung im Rückstand ist.

Die Gesuchstellerin beruft sich auf diese Bestimmung, indem sie geltend macht, der Gesuchsgegner habe die Fr. 7'945.95 ausseramtliche Entschädigung aus dem Verfahren Nr. ER3 03 220 bisher nicht bezahlt.

Der Gesuchsgegner hat zugegeben, die fragliche Entschädigung nicht bezahlt zu haben.

Die Voraussetzungen zur Anordnung einer Sicherheitsleistung sind demnach grundsätzlich erfüllt.

2. Die Vorschriften über die Sicherheitsleistung finden keine Anwendung, wenn ein Ausnahmegrund nach Art. 95 Abs. 1 ZPO vorliegt. Ein solcher Grund ist die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Ziffer 5 von Art. 95 Abs. 1 ZPO).

Der Gesuchsgegner lehnt die Sicherheitsleistung unter anderem mit dem Hinweis auf die ihm gewährte unentgeltliche Rechtspflege ab.

Es steht fest, dass dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 3.3.2004 in der Hauptsache die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist. Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 Ziffer 5 ZPO kann somit keine Sicherheitsleistung angeordnet werden.

Der Hinweis der Gesuchstellerin auf Art. 90 Abs. 4 ZPO geht fehl. Diese Bestimmung regelt einzig die Kostentragung im Falle der unentgeltlichen Rechtspflege und enthält keine Aussage bezüglich der Sicherheitsleistung.

Zuzugeben ist allerdings, dass Art. 95 ZPO nicht unterscheidet zwischen der Sicherstellung der amtlichen und der ausseramtlichen Kosten, sondern ganz allgemein von den "Vorschriften über die Sicherheitsleistung" spricht. Folge davon ist, dass einerseits die mittellose Partei Anspruch auf Befreiung von der Kautionspflicht hat, andererseits aber die Gegenpartei an einem Prozess teilnehmen muss, ohne die notwendige Gewähr dafür zu haben, dass die Partei, welche im Armenrecht prozessiert, die ihr im Urteil auferlegte Parteientschädigung zu bezahlen in der Lage ist (vgl. R. Isler, *Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Diss. Zürich 1967, S. 66f). Auch der ausserrhodische Gesetzgeber hat die Rechtsgleichheit über das Postulat der vorgängigen Sicherstellung einer gefährdeten Kostenforderung gestellt (vgl. R. Isler, a.a.O., S. 67).

Die Gesuchstellerin hat keine neue Tatsachen vorgebracht, die unter dem Aspekt der Aussichtslosigkeit eine Neubeurteilung des Armenrechtsentscheides (vgl. Art. 88 Abs. 3 ZPO) aufdrängen würden.

KGP 04.06.2004

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3476

Betreibungsbegehren. EDV-technische Gründe genügen für eine Rückweisung eines Betreibungsbegehrens nicht.

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 9. Mai 2005 liess die Beschwerdeführerin beim Betreibungsamt H. ein Betreibungsbegehren gegen E.P. stellen für eine Forderung im Gesamtbetrag von Fr. 58'134.30 und 11 dazugehörige Zinsforderungen. Das Betreibungsamt wies das Betreibungsbegehren am 13. Mai 2005 zurück, da das EDV-Programm aus Platzgründen lediglich 5 verschiedene Forderungen pro Betreibungsverfahren zulasse. Gegen diese Rückweisung liess die Beschwerdeführerin am 17. Mai 2005 Beschwerde erheben und beantragen, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den Zahlungsbefehl vom 9. Mai 2005 gemäss dem Betreibungsbegehren dem Schuldner zuzustellen.

Das beschwerdebeklagte Betreibungsamt machte in seiner Vernehmlassung vom 24. Mai 2005 unter anderem darauf aufmerksam, dass die Beschwerdeführerin am 18. Mai 2005 die Betreibung neu einleitete und die ursprünglichen 11 Teilforderungen auf drei Betreibungsbegehren aufteilte. Das Betreibungsamt habe dementsprechend in den Betreibungen Nr. 20505996, 20505997 und 20505998 drei Zahlungsbefehle ausgestellt.

Eine telefonische Nachfrage beim Betreibungsbeamten ergab, dass diese drei Betreibungen zwar weiterhin in Bearbeitung seien. Allerdings bestehe Uneinigkeit bezüglich der Betreibungskosten. So sei die Beschwerdeführerin nur bereit, die Kosten für eine einzige Betreibung in der ursprünglichen Forderungssumme von Fr. 58'134.30 und somit Fr. 90.-- zu bezahlen, während das Betreibungsamt für jeden der drei Zahlungsbefehle Fr. 90.--, also insgesamt Fr. 270.-- verlange.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 16 GebVSchKG bestimmt sich die Gebühr für den Erlass des Zahlungsbefehls einzig nach der Höhe der geltend gemachten Forderung. Die Anzahl der dazugehörigen Zinsforderungen darf demnach für die Bestimmung der Höhe der Betreibungskosten nicht hinzugezogen werden. Auch gibt es keine gesetzliche Beschränkung der Anzahl Forderungen eines Betreibungsbegehrens bzw. eines Zahlungsbefehls.

Das ursprüngliche Betreibungsbegehren vom 9. Mai 2005 über eine Gesamtforderung von Fr. 58'134.30 mit 11 verschiedenen Zinsforderungen wäre demzufolge nicht zu beanstanden gewesen. EDV-technische Gründe genügen für eine Rückweisung eines Betreibungsbegehrens nicht. Es wäre Sache des Betreibungsamtes gewesen, eine machbare Lösung zu finden, beispielsweise durch Ausrechnen und Addieren der einzelnen Zinsforderungen oder in der Form eines Beiblattes zum Zahlungsbefehl.

Die Beschwerde ist im Sinne dieser Erwägungen gutzuheissen und das Betreibungsamt anzuweisen, der Beschwerdeführerin für die drei Zahlungsbefehle der Betreibungen Nr. 20505996, 20505997 und 20505998 nur eine einzige Gebühr von insgesamt Fr. 90.-- in Rechnung zu stellen.

AB Sch + K 12.07.2005

3477

Rechtsöffnung. Nach Ablauf des befristeten Mietvertrags liegt kein provisorischer Rechtsöffnungstitel für weitere Mietzinszahlungen vor (Art. 82 Abs. 1 SchKG)

Sachverhalt:

Am 31. Dezember 2002 haben die Parteien einen Mietvertrag für Büroräumlichkeiten abgeschlossen. Der monatliche Mietzins inkl. Heiz- und Nebenkostenpauschale betrug Fr. 900.--. Als Mietbeginn wurde der 1. Januar 2003 bezeichnet. In Ziffer 6 des Mietvertrags war eine feste Vertragsdauer bis zum 31. Dezember 2003 vereinbart. Dazu im Widerspruch war in Ziffer 7 eine Kündigungsfrist von sechs Mo-

naten aufgeführt. Nach Ablauf der festen Vertragsdauer ist die Schuldnerin offenbar mit Wissen und Willen der Gläubigerin weiter im Mietobjekt verblieben und hat weiterhin pro Monat Fr. 900.-- Mietzins bezahlt. Nachdem dann ab März 2005 die Mietzinszahlungen ausgeblieben waren, hat die Gläubigerin Ende Juli 2005 für die ausstehenden Mietzinse März bis Juni 2005 im Betrage von Fr. 4'500.-- ein Retentionsverzeichnis aufnehmen lassen und hat die Schuldnerin auf Verwertung der aufgenommenen Faustpfänder betrieben. Die Schuldnerin hat am 5. August 2005 ohne Begründung Rechtsvorschlag erhoben.

Aus den Erwägungen:

1. Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, beruht die betriebene 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. Vorliegend beruft sich die Gläubigerin auf den von der Schuldnerin unterzeichneten Mietvertrag vom 31. Dezember 2002. Der vom Mieter unterschriebene Mietvertrag berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse und die bezifferten Nebenkosten (*Daniel Staehelin in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, Art. 82 N. 114*). Die Vorinstanz hat zu diesem Mietvertrag ausgeführt, dass dieser in Ziffer 6 eine feste Vertragsdauer bis Ende Dezember 2003 vorsehe. Auf diesen Termin habe das Mietverhältnis geendet. Für Forderungen, die erst nach dem 31. Dezember 2003 entstanden seien, könne der Mietvertrag nicht als Rechtsöffnungstitel dienen. Anzuführen sei, dass die Parteien in Ziffer 6 des Vertrags ausdrücklich eine feste Vertragsdauer und nicht bloss eine Phase ohne Kündigungsmöglichkeit vereinbart hätten. Dazu im Widerspruch stehe Ziffer 7 des Vertrags, wo Regelungen über die Kündigung getroffen worden seien. Bei einer festen Vertragsdauer sei eine Kündigung weder möglich noch notwendig. Nach der Unklarheitsregel sei dieser Widerspruch in dem für die Gläubigerin, die den Mietvertrag verfasst habe, ungünstigeren Sinne zu lösen, d.h. es sei von einer festen Vertragsdauer auszugehen. Für die betriebenen

Mietzinse des Jahres 2005 bestehe kein Rechtsöffnungstitel, weshalb das Begehren abzuweisen sei.

Gegen diese Betrachtungsweise hat die Gläubigerin in der Appellationserklärung eingewendet, nach Art. 255 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) könne ein Mietverhältnis befristet oder unbefristet sein. Das Gesetz spreche also von einer Befristung und nicht von einer festen Vertragsdauer. Unter einer festen Vertragsdauer verstehe man, dass während dieser Zeit nicht gekündigt werden dürfe. Erst nach Ablauf dieser festen Vertragsdauer könne gekündigt werden. So sei es auch in Ziffer 7 des Mietvertrags ausdrücklich vorgesehen, nämlich, dass bei fester Vertragsdauer erstmals auf den 30. Juni 2004 gekündigt werden könne. Die Vertragsparteien hätten damit ganz eindeutig einen unbefristeten Mietvertrag abgeschlossen. Das ergebe sich im Weiteren auch daraus, dass die Mieterin den Mietzins für die Zeit von Januar 2004 bis Februar 2005 anstandslos bezahlt habe. Dem entspreche Art. 266 Abs. 2 OR, wonach ein befristetes Mietverhältnis, welches die Parteien stillschweigend fortsetzten, zu einem unbefristeten Mietverhältnis werde. Das Kantonsgerichtspräsidium mache im Weiteren geltend, der Widerspruch sei nach der Unklarheitsregel zu lösen. Nach Art. 18 OR sei bei der Beurteilung eines Vertrags aber der übereinstimmende wirkliche Wille zu beachten. Es sei klar, dass die Parteien den Mietvertrag gewollt hätten. Sie hätten einen Mietvertrag mit einer festen Vertragsdauer bis 31. Dezember 2003 abgeschlossen, der erstmals auf den 30. Juni 2004 kündbar gewesen sei, danach kündbar auf jedes Monatsende (mit Ausnahme Dezember), mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten. Die Parteien hätten sich auch so verhalten. Die Mieterin habe den Mietzins auch nach dem 31. Dezember 2003 weiterhin bezahlt, bis sie dann Anfang 2005 offenbar Liquiditätsprobleme bekommen und die Zahlungen nur noch unregelmässig geleistet habe. Beide Parteien seien der Ansicht gewesen, der Mietvertrag bestehe weiterhin, weshalb die Schuldnerin die Mietzinse auch über den 31. Dezember 2003 hinaus geleistet habe. Betrieben seien die fälligen Mietzinse für die Monate März bis und mit Juli 2005 à je Fr. 900.--, wofür der weiterhin gültige Mietvertrag einen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstelle.

2. Der Gläubigerin ist beizupflichten, dass bei der Beurteilung eines Vertrags der wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist (Art. 18 Abs. 1 OR). In

Ziffer 6 des Mietvertrags haben die Parteien aber klipp und klar vereinbart, dass die Miete ab 1. Januar 2003 auf eine feste Vertragsdauer bis zum 31. Dezember 2003 vereinbart werde. Nach Art. 255 Abs. 1 OR kann das Mietverhältnis befristet oder unbefristet sein. Die Mietdauer kann also zum Voraus festgesetzt werden. In diesem Falle endet das Mietverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Dauer und ist gemäss gesetzlicher Definition ein befristetes (*Roger Weber in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Basel/Genf/München 2003, Art. 255 N. 2*). Angesichts der in Ziffer 6 klar vereinbarten Mietdauer hat Ziffer 7 einen unmöglichen Inhalt, denn das befristete Mietverhältnis endet nach Ablauf der vereinbarten Dauer ohne Kündigung (*Peter Higi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2b, Die Miete, Zürich 1994, Art. 255 N. 26*). Dass trotz der klaren Befristung des Vertrags gemäss Ziffer 6 in dessen Ziffer 7 von Kündigung die Rede ist, kann nur unsorgfältiger Redaktion des Mietvertrags zugeschrieben werden. Mit der Vorinstanz ist daher von einem auf den 31. Dezember 2003 befristeten Mietvertrag auszugehen.

3. Nach Beendigung des Vertrags ist die Schuldnerin mit Zustimmung der Gläubigerin im Mietobjekt verblieben und hat weiterhin den für die inzwischen abgelaufene feste Vertragsdauer vereinbarten monatlichen Mietzins von Fr. 900.-- bezahlt. Die Parteien haben damit das ursprünglich befristete Mietverhältnis stillschweigend „verlängert“. Diese „Verlängerung“ entspricht, logisch betrachtet, dem Abschluss eines neuen Mietvertrags zwischen den Parteien, wie *Peter Higi (a.a.O., Art. 255 N. 49, Art. 266 N. 37/38)* zutreffend bemerkt. Einen solchen neuen, ab dem 1. Januar 2004 gültigen, Mietvertrag konnten die Parteien ohne weiteres formlos abschliessen (*Roger Weber, a.a.O., Art. 253 N. 7*). Aufgrund des neuen Mietvertrags war und ist die Schuldnerin weiterhin zur Bezahlung des Mietzinses von Fr. 900.-- pro Monat verpflichtet. Gegenstand des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens ist indessen nicht die Schuldpflicht bezüglich des Mietzinses sondern die provisorische Vollstreckbarkeit der betriebenen Mietzinsforderung. Provisorisch vollstreckbar ist der betriebene Mietzins jedoch, wie oben dargelegt, nur aufgrund einer durch den Schuldner unterschriftlich bekräftigten Schuldanererkennung. Eine solche liegt aber für die ab Januar 2004 geschuldeten Mietzinse nicht vor, weil die Parteien seit diesem Zeitpunkt nicht mehr über einen

schriftlichen Mietvertrag verfügen. Die provisorische Rechtsöffnung kann daher nicht gewährt werden.

OGP 21.10.2005

2.5 Öffentliches Recht

3478

Anwalt/Anwältin. Verletzung von Berufspflichten. Verpassen einer Frist in der Regel disziplinarrechtlich irrelevant.

Aus den Erwägungen:

Zu beurteilen ist vorliegend, ob RA X. infolge Verpassens der 14-tägigen Appellationsfrist in einer Strafsache eine Berufsregel nach Art. 12 BGFA verletzt hat. Die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA bestimmt, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben. Art. 12 lit. a BGFA greift erst ein, wenn das Verhalten gegen Regeln verstösst, die dem Schutz des rechtsuchenden Publikums und der Gewährleistung des geordneten Gangs der Rechtspflege dienen. Es muss sich also um ein grobes Fehlverhalten handeln. Verpasst ein Anwalt beispielsweise versehentlich eine Frist, ist dies disziplinarrechtlich nicht von Bedeutung. Die Aufsichtsbehörde hat nur einzuschreiten, wenn „erschwerende Umstände vorliegen, die auf eine **unverantwortliche Berufsausübung** schliessen lassen (*W. Fellmann/G.G. Zindel, a.a.O., N. 15 und 26 zu Art. 12*).

Das Kantonsgericht von Appenzell A. Rh. fällte am 20. August 2003 ein Urteil in der Strafsache gegen den Angeklagten Y. Dessen amtlicher Verteidiger RA X. meldete fristgemäss die Appellation gegen dieses Urteil an. Die am 4. Februar 2004 ablaufende Frist zur Einreichung der Appellationserklärung verstrich ungenützt. Am 9. Februar 2004 beantragte RA X. die Wiederherstellung der versäumten 14-tägigen Appellationsfrist. Er erklärt das Verpassen der Appellationsfrist mit einer während der versäumten Frist eingetretenen Grippeerkrankung. Die Erkrankung ist mittels ärztlichem Zeugnis belegt, indem die hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit am 2. Februar 2004 begonnen hat und drei bis fünf Tage andauerte.

Die Anwaltsaufsichtskommission gelangt zur Auffassung, dass RA X. mit dem Verpassen der fraglichen Frist nicht gegen die in Art. 12 lit. a BGFA aufgestellte Berufsregel verstossen hat. Nachdem RA X. nachgewiesenermassen gegen Ende der 14-tägigen Appellationsfrist an einer Grippe erkrankte, kann hinsichtlich seiner Mandatsführung für Y. nicht von einem groben Verschulden gesprochen werden. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bedeutet eine Grippeerkrankung - im Gegensatz zu einer einfachen Erkältung - eine erhebliche gesundheitliche Einschränkung. Folglich kann RA X. unter disziplinarrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht angelastet werden, dass er nicht die appenzell-ausserrhodische Strafprozessordnung konsultierte und zwecks Fristwahrung beim Obergericht die erforderlichen Anträge und Beweisergänzungen im Sinne von Art. 214 Abs. 3 StPO einreichte. An dieser Betrachtungsweise ändert auch ein von ihm am 3. Februar 2004 bei der Justizaufsichtskommission von Appenzell A. Rh. eingereichtes Fristerstreckungsbegehren nichts, zumal die Abfassung solcher Gesuche erfahrungsgemäss mit wenig Aufwand verbunden ist. Im vorliegenden Fall kann die Kommission jedoch gestützt auf die vorstehenden Überlegungen keine „erschwerende Umstände“ erblicken, die zum Schutz des rechtsuchenden Publikums eine disziplinarrechtliche Massnahme erforderlich machen würden. Im Gegenteil lag wegen der Grippeerkrankung ein konkreter Grund für das Versäumnis von RA X. vor.

Ein Verstoss von RA X. gegen die anwaltlichen Berufsregeln ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht gegeben bzw. für eine Disziplinierung des verzeigten Anwaltes besteht keine Veranlassung.

AAK 30.08.2005

3479

Anwalt/Anwältin. Patentenzug. Disziplinarstrafe. Öffentliches Interesse an einer nachträglichen Bestrafung. Schutzbedürfnisse des rechtsuchenden Publikums.

Aus den Erwägungen:

Wie vorstehend erwähnt, verfügt X. seit dem 23. Oktober 2004 über kein Anwaltspatent mehr. Die Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich hat in einem Entscheid vom 7. Februar 1968 festgehalten, dass mit dem Patententzug die Disziplinarstrafe ihren eigentlichen Sinn und Zweck verliere (...). Es fehle ein allgemeines, öffentliches Interesse an der nachträglichen Bestrafung. Den Schutzbedürfnissen des rechtsuchenden Publikums sei mit der Ausstossung des unwürdigen Anwaltes aus der Berufsgemeinschaft hinreichend Rechnung getragen (*ZR 70 [1971], Nr. 99, S. 273 ff.*). Diesen Überlegungen kann sich die Anwaltsaufsichtskommission vollumfänglich anschliessen, weshalb sie zufolge Entzugs des Anwaltspatentes von der Ausfällung einer Disziplinarstrafe gegenüber X. absieht. Anzuführen ist, dass diese Rechtsauffassung durchaus auch mit dem BGFA vereinbar ist, wonach die Aufsichtsbehörde - ungeachtet der Unterstellung der betroffenen Person unter das BGFA im Zeitpunkt der Disziplinierung - stets unter dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips zu entscheiden hat, ob die Massnahme geeignet und erforderlich ist, um die mit der Disziplinaraufsicht verbundenen Ziele zu erreichen (vgl. *W. Fellmann/G. G. Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, N. 6 zu Art. 17*).

Das vorliegende Verfahren ist demzufolge gestützt auf die vorstehenden Erwägungen einzustellen.

AAK 05.09.2005