



Appenzell Ausserrhoden

**Ausserrhodische
Gerichts- und
Verwaltungspraxis**

AR GVP

18/2006

A.

Verwaltungsentscheide

Bauten ausserhalb Bauzone: Ein wintergartenähnlicher Anbau ist als stilfremdes Element zu bezeichnen, womit für diesen keine nachträgliche Bewilligung erteilt werden kann.

a) Nach Art. 112 Abs. 1 BauG haben sich Bauten und Anlagen so in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einzufügen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht. Dieses generelle Eingliederungsgebot wird in Art. 112 Abs. 2 BauG für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone konkretisiert. Demnach haben sich Neubauten, Umbauten und Renovationen an traditionellen Gebäuden der herkömmlichen Bauart zumindest in Bezug auf Gebäude- und Dachform sowie Material- und Farbwahl anzupassen. Zudem haben nach Art. 82 Abs. 2 BauG Bauten, Anlagen und landschaftsverändernde Massnahmen in Ergänzung zu den Gestaltungsbestimmungen von Art. 112 BauG erhöhten Anforderungen in Bezug auf die Gestaltung, Farbgebung und Einpassung ins Landschaftsbild zu genügen. Diese Bestimmungen gehen über ein blosses Verunstaltungsverbot hinaus und stellen eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Schutz des traditionellen Baustils und dessen Elemente dar. Wird durch dieses Eingliederungsgebot positiv eine gute Gestaltung zur Sicherstellung einer befriedigenden Gesamtwirkung verlangt, so bedeutet dies, dass an traditionellen Bauten stilgerechte Bauteile verlangt und stilfremde untersagt werden können (vgl. AR GVP 8/1996, Nr. 2149). An der Hauptfassade von Appenzeller Bauernhäusern ausserhalb der Bauzone sind Balkone oder anderweitige auskragende Bauteile fremd und werden praxismässig nicht zugelassen. Ein Balkon ist kein Bauelement der herkömmlichen Appenzeller Bauweise und wirkt daher optisch störend. Bauten sollen sich am bestehenden Landschaftsbild orientieren und sich harmonisch einfügen. Baustil, Material und Farbwahl unterstützen das appenzellische Erscheinungsbild. Die Appenzeller Landschaft mit den entsprechenden Bauten soll erhalten bleiben. Wer die Möglichkeit hat, im Grünen wohnen und bauen zu können, soll Rücksicht auf die Umgebung, die Geschichte und auf zukünftige Generationen nehmen (vgl. Kantonales Planungsamt Appenzell A.Rh. [Hrsg.], Baugestaltung ausserhalb Bauzone, Hinweise zur Pflege der ausserrhodischen Baukultur, Mai 2001).

b) Auch wenn, wie die Rekurrenten geltend machen, das Gebäude in zwei Hausteile geteilt ist, welche in der Fenster- und Geschosseinteilung verschieden sind und die Dachgestaltung nicht symmetrisch ist, führt dies im vorliegenden Fall zu keiner anderen Beurteilung. Auch an appenzellerähnlichen Häusern stellen Balkonanbauten ausserhalb der Bauzone stilfremde, der herkömmlichen Bauweise im Kanton widersprechende Elemente dar. Für Bauten, die sich nicht oder nicht mehr stilecht präsentieren, lässt sich kein Recht zu weiterer Stilfremdung ableiten (vgl. bereits Entscheid des Regierungsrats vom 25. Februar 1992 i.S. Rekurs von W. K. aus H. gegen die Verfügung der Baudirektion vom 23. April 1991 betreffend Balkonanbau ausserhalb Bauzone). Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass der wintergartenähnliche Balkonanbau nicht nur als stilfremdes Bauteil zu qualifizieren ist, sondern dass er in seinem gesamten Erscheinungsbild geradezu als verunstaltend wirkt. Damit kann auch keine Rede davon sein, dass mit dem erstellten Balkonanbau die allgemeinen Gestaltungsprinzipien eingehalten werden.

c) Auch der rekurrentische Einwand, das Bauvorhaben liege nur 150 Meter von der Bauzone entfernt, ist haltlos. Das Bauvorhaben befindet sich in einer Landwirtschaftszone, welche von einer Landschaftsschutzzone überlagert wird, und eben nicht in einer Bauzone, in welcher weniger strenge Anforderungen gelten. Der genau gleiche Einwand wurde durch die Rekurrenten bereits im Verfahren vor dem Regierungsrat im Jahre 1992 vorgebracht und mit dem Argument abgewiesen, dass die Nähe zu einer anderen Zone grundsätzlich nicht zur Dispensation von den Bestimmungen führt, die für die eigene Zone gelten. Des Weiteren wurde damals festgehalten, dass sich ein Abweichen lediglich dann aufdrängen würde, wenn der Zonenrand das geplante Bauvorhaben geradezu verdecken würde. Vorliegend ist dies jedoch nicht der Fall, denn das Haus der Rekurrenten bildet mit den unmittelbar benachbarten Liegenschaften einen eigenen Weiler, welcher ungefähr 150 Meter von der Bauzone entfernt ist und von der S. her gut einsehbar ist.

d) Dementsprechend hat das Planungsamt den Wohnhaus-Anbau der Rekurrenten zu Recht als stilfremdes Element bezeichnet, das den Bestimmungen von Art. 112 und Art. 82 Abs. 2 und 3 BauG widerspricht. Damit kann dafür keine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 10.11.2006

1434

Bauten ausserhalb Bauzone: Keine nachträgliche Bewilligung für ferienhausähnliche Umnutzung eines Geräteschuppens.

3. a) Voranzustellen gilt es, dass die umstrittene Baute, welche in der Landschaftsschutzzone liegt, mit raumplanerischen Entscheid vom 27. Februar 1996 ursprünglich als Geräteschuppen bzw. Kräutertrocknungsraum bewilligt wurde. Mit Entscheid vom 18. Mai 1998 lehnte das Planungsamt ein Gesuch um einen zusätzlichen Geräteschuppenanbau ab. Mit Entscheid vom 2. Oktober 2001 wurde eine östlich an den Geräteschuppen angebaute 16 m² grosse Sitzplatzüberdachung bewilligt.

b) Das Departement Bau und Umwelt konnte sich am Augenschein vom 13. Juni 2006 davon überzeugen, dass die strittige Baute in mehreren Teilen nicht mehr dem ursprünglich bewilligten Geräteschuppen entspricht. So wurden die Wände des Schuppens mit Täfer verkleidet und eine Nasszelle mit Lavabo und Bidet erstellt. Die ursprünglich bewilligte Sitzplatzüberdachung wurde zu einem geschlossenen, befensterten und isolierten Raum umgebaut, womit dieser nun den Charakter eines eigentlichen Geräteschuppenanbaus aufweist. Durch die Summe dieser baulichen Massnahmen wurde die vormals als Geräteschuppen bewilligte freistehende Baute insgesamt einer ferienhausähnlichen Nutzung zugeführt, auch wenn die Rekurrenten vorgeben, die Baute neben der Nutzung als Geräteraum nur als Bastelraum genutzt zu haben.

4. a) Der Geräteschuppen wurde gestützt auf Art. 80 des alten Einführungsgesetzes zum RPG sowie Art. 34 der alten Bauverordnung (altBauV) bewilligt. Nach Art. 34 Abs. 1 lit. b altBauV konnten Lagerschuppen als übliche Bestandteile der Wohnnutzung bewilligt werden, wenn der Nachweis erbracht wurde, dass sie in bereits bestehenden und nicht landwirtschaftlich genutzten Gebäulichkeiten nicht untergebracht werden konnten. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG; bGS 721.1) bestimmt sich die Zulässigkeit von baubewilligungspflichtigen, zonenwidrigen Bauvorhaben und Vorkehren ausserhalb der Bauzonen ausschliesslich nach den Vorschriften des RPG (Art. 119 BauG). Gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG können rechtmässig erstellte, nicht mehr zonenkonforme bestimmungsgemäss nutzbare Bauten ausserhalb der Bauzone teilweise geändert, massiv erweitert oder wieder aufgebaut werden. Nach Art. 42 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) sind Änderungen an Bauten und Anlagen, auf welche Art. 24c RPG anwendbar ist, zulässig, wenn ihre Identität einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Die Identität ist gewahrt, wenn die zonenwidrig genutzte Fläche nicht um mehr als 30% erweitert wird. (Art. 42 Abs. 3 lit. a RPV).

Die Wohnfläche des Ferienhauses beträgt ca. 71 m². Die Fläche des Geräteschuppens zusammen mit dem überdeckten Sitzplatz misst 22.95 m². Damit wurde die Erweiterungsmöglichkeit der zonenwidrig genutzten Fläche mehr als ausgeschöpft. Durch die baulichen Massnahmen wurde der ehemalige Geräteschuppen wie erwähnt einer ferienhaus- bzw. wohnraumähnlichen Nutzung zugeführt, welche weder gestützt auf Art. 34 altBauV zulässig war und infolge fehlender Wahrung der Wesensgleichheit auch nicht als teilweise Änderung im Sinne von Art. 24c Abs. 2 RPG qualifiziert werden kann (BGE 113 Ib 306 E. 3b). Die Rekurrenten gehen damit fehl in der Annahme, in Bezug auf den freistehenden Geräteschuppen bestehe ein Anspruch auf Wohnraumerweiterung. Im Weiteren gilt es hervorzuheben, dass selbst wenn der ehemalige Geräteschuppen als eigenständige Baute

beurteilt würde, dieser aufgrund der fehlenden Standortgebundenheit nicht bewilligungsfähig wäre (Art. 24 RPG). Zudem sprechen auch die erhöhten Anforderungen in der Landschaftsschutzzone gegen eine nachträgliche Bewilligung der erwähnten baulichen Massnahmen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 20.07.2006

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Verwaltungsgericht am 28. Februar 2007 abgewiesen worden.)

1435

Bauten ausserhalb Bauzone: Die ursprüngliche Erstellung eines Lagerplatzes muss rechtmässig erfolgt sein, damit für diesen die Bestandesgarantie gilt.

5. Gemäss Art. 43 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung (RPV, SR 700.1) können Erweiterungen von zonenwidrig gewordenen gewerblichen Bauten und Anlagen bewilligt werden wenn: a) die Baute oder Anlage rechtmässig erstellt oder geändert worden ist; b) keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt entstehen; c) die neue Nutzung nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist; d) höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig ist; e) sämtliche Infrastrukturkosten, die im Zusammenhang mit der Zweckänderung der Bauten und Anlagen anfallen, auf den Eigentümer überwälzt werden; f) keine wichtigen Anliegen der Raumplanung entgegenstehen.

6. a) Es ist unbestritten, dass der Lagerplatz weder zonenkonform noch ausserhalb des Baugebiets standortgebunden ist. Es ist im Weiteren davon auszugehen, dass er vor dem Jahre 1980 (Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes; RPG; SR 700) erstellt wurde. Demnach gilt es gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. a RPV zu beurteilen, ob die Erstellung des Lagerplatzes rechtmässig erfolgte. Nach Angaben des Rekurrenten besteht der Platz seit mehr als 60 Jahren und wurde nie bewilligt, weil es zum Zeitpunkt der Erstellung keine entsprechenden Bewilligungserfordernisse gegeben habe. Da das Raumplanungsgesetz zum Zeitpunkt der Erstellung wie erwähnt noch nicht in Kraft war, richtete sich eine allfällige Bewilligungspflicht nach kantonalem bzw. kommunalem Recht.

b) Gemäss Art. 1a Abs. 2 lit. a der aufgehobenen Bauordnung Heiden vom 30. Januar 1973 war eine Baubewilligung erforderlich für Neubauten jeder Art, ausser es handelte sich um unbedeutende Bauveränderungen, die keine nachbarlichen oder öffentlichen Interessen berühren (Art. 1b lit. a altBauordnung). Da sich der Platz unmittelbar neben der Staatsstrasse und im Bereich des Waldrands befindet und damit die öffentlichen Interessen des Naturschutzes und der Verkehrssicherheit tangiert sind, war der Platz ab 1973 klarerweise bewilligungspflichtig (vgl. auch Art. 100 Abs. 2 des geltenden Gesetzes über die Staatsstrassen; bGS 731.11). Eine Bewilligungs- bzw. zumindest eine Meldepflicht bestand jedoch bereits früher, waren doch nach Art. 21 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Staatsstrassen des Kanton Appenzell A.Rh. vom 13. Februar 1950 geplante Bauten längs Staatsstrassen gemäss Art. 95 EG zum ZGB der kantonalen Baudirektion zu melden. Nach Art. 95 Abs. 1 altEG zum ZGB vom 23. Mai 1911 war vorgeschrieben, Bauten an Staatsstrassen der kantonalen Baudirektion anzuzeigen sowie vor Beginn des Baues Visiere aufzustellen. Somit steht fest, dass der Lagerplatz schon vor über 60 Jahren bewilligungs- bzw. meldepflichtig war. Dies ist im Übrigen selbst dann der Fall, wenn er vor 100 Jahren erstellt worden wäre, lautete doch schon Art. 30 des Gesetzes über die Liegenschaften vom 28. April 1889 (welches durch das EG zum ZGB aufgehoben wurde) folgendermassen: „Wer an Staatsstrassen, sowie an Eisenbahnlinien bauen will, hat vor Beginn des Baues Visiere aufzustellen, bei Bauten an Staatsstrassen auch dem betreffenden Strasseninspektor Anzeige zu machen“. Da der strittige

Lagerplatz niemals bewilligt wurde und auch von einer Anzeige bei der (ehemaligen) kantonalen Baudirektion nichts bekannt bzw. eine solche nicht aktenkundig ist, kommt das Departement Bau und Umwelt aufgrund des Gesagten zum Schluss, dass die Erstellung des Lagerplatzes nicht rechtmässig erfolgte, womit die Voraussetzung von Art. 43 Abs. 1 lit. a RPV nicht erfüllt ist.

7. Der Rekurrent macht geltend, eine jahrzehntelange Tolerierung des Lagerplatzes komme nach Treu und Glauben einer Bewilligung gleich. Mit Entscheid vom 30. Juni 1993 erliess das Departement Bau und Umwelt (vormals Baudirektion) eine Räumungsverfügung, weil der Platz nicht der Landwirtschaftszone entsprach. Einen gegen diesen Entscheid gerichteten Rekurs hat der Regierungsrat von Appenzell A.Rh. wegen Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften mit Entscheid vom 11. Januar 1994 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Obwohl das Verfahren danach sistiert und nicht mehr aufgenommen wurde, konnte der Rekurrent ab diesem Zeitpunkt nicht (mehr) davon ausgehen, dass für eine Erweiterung des Lagerplatzes keine Bewilligung notwendig sei bzw. dass die Tolerierung einer Erweiterung einer Bewilligung gleichkomme. So wurde im erwähnten Regierungsratsentscheid festgehalten, dass es zu prüfen gelte, ob der Platz früher bewilligt worden sei oder keiner Bewilligung bedurfte oder als geringfügige Änderung einer vorbestehenden Anlage nachträglich zu bewilligen sei. Aufgrund dieser Erwägungen musste sich der Rekurrent bewusst sein, dass eine zusätzliche Erweiterung des Lagerplatzes nicht einfach unter den Schutz der Bestandesgarantie fällt bzw. dass dafür zumindest ein Baugesuch einzureichen ist. Unter diesen Umständen ist auch die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben unbehelflich.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 30.08.2006

1436

Strassenwesen: Voraussetzungen für die Eingliederung eines Teilgebiets in eine Flurgenossenschaft.

6. a) Können gemäss Art. 703 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) Bodenverbesserungen wie Weganlagen, Güterzusammenlegungen und dergleichen nur durch ein gemeinschaftliches Unternehmen ausgeführt werden, und hat die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des beteiligten Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt, so sind die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet. Diese Beitrittsvoraussetzung wurde im Wesentlichen durch Art. 168 Abs. 2 EG zum ZGB in das kantonale Recht übernommen. Bei der Flurgenossenschaft S. handelt es sich um ein solches gemeinschaftliches Unternehmen, welches zum Zweck des Unterhalts sowie zur Verbesserung der Strasse S. gegründet wurde. Zur Verwirklichung dieser Ziele erweist sich die Gründung einer Flurgenossenschaft ohne Zweifel als zweckmässig. Die für eine Beitrittsverpflichtung erforderliche Mehrheit ist zudem nach den Akten erreicht, womit sowohl die Voraussetzungen von Art. 703 Abs. 1 ZGB als auch diejenigen von Art. 168 Abs. 2 EG zum ZGB erfüllt sind.

b) Im Weiteren gilt es zu beurteilen, ob das Einzugsgebiet Z., N., W. zu Recht zur Mitgliedschaft in der Flurgenossenschaft verpflichtet wurde. Dabei gilt es festzuhalten, dass im Falle von Strassen- und Weganlagen in der Regel sämtliche Grundstücke einbezogen werden dürfen, die aus der betreffenden Strasse einen Nutzen ziehen (AR GVP Sammelband 1988 Nr. 1066). Wenn Liegenschaften aus dem gemeinsamen Werk einen relativ geringen Nutzen ziehen, dann ist dieser Situation durch eine gerechte Abstufung der Kostenbeiträge Rechnung zu tragen. Der Regierungsrat kommt aufgrund der Berechnungsgrundlage von Art. 7 der Statuten und der Überprüfung des Kostenverteilers zum Schluss, dass die Kosten im Verhältnis zum Nutzen angemessen sind und sich der Kostenverteiler damit als sachgerecht erweist.

c) Die Einsprecherin ist Grundeigentümerin der Parzelle Nr. X. Dieses Grundstück grenzt zwar nicht unmittelbar an die Flurgenossenschaftsstrasse, wird jedoch indirekt über diese erschlossen, muss die Einsprecherin doch die Verbindungsstrasse S. - Hauptstrasse befahren oder die Strasse S. benutzen, um auf die Hauptstrasse zu gelangen. Für den Unterhalt der Verbindungsstrasse S. - Hauptstrasse ist zwar die Gemeinde zuständig, jedoch geht der Schneebruch derselben zulasten der bestehenden Korporation (Art. 2 Abs. 3 der Statuten), womit die Flurgenossenschaft S. bezüglich der Schneeräumung für den Unterhalt des erwähnten Teilstücks verantwortlich ist. Da die Einsprecherin aufgrund des Gesagten zumindest aus dem Teilstück S. - Hauptstrasse einen Nutzen zieht, ist es durchaus vertretbar, wenn das betreffende Gebiet in die Flurgenossenschaft einbezogen wird, zumal dies auch aus Gründen der Rechtsgleichheit als sachgerecht erscheint. Der Regierungsrat kommt demzufolge zum Schluss, dass die rechtlichen Voraussetzungen für die Eingliederung des Einzugsgebiets Z., N., W. erfüllt sind.

Entscheidung des Regierungsrates vom 14.02.2006

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Verwaltungsgericht am 24. Januar 2007 abgewiesen worden.)

1437

Denkmalpflege: Geschützte Kulturobjekte haben sich bezüglich Gliederung, Material und Technik grundsätzlich der herkömmlichen Bauart anzupassen.

3. a) Das Gasthaus R. in U., ist nach dem kantonalen Schutzzonenplan als Einzel- bzw. Kulturobjekt ausdrücklich unter Schutz gestellt (Objekt Nr. X). Damit ist das Gasthaus R. in seinem Charakter und in seiner schutzwürdigen Substanz langfristig zu erhalten. Die Rekurrenten als Grundeigentümer sind dabei verpflichtet, das „R.“ dem Schutzzweck entsprechend zu pflegen und zu unterhalten (Art. 86 Abs. 3 BauG).

b) Unbestritten ist, dass dem „R.“ aufgrund seiner traditionellen Anlässe kulturhistorisch eine grosse Bedeutung, vor allem in Bezug auf das bäuerliche Brauchtum, zukommt. Dafür sprechen bspw. der traditionsgemäss am Montag nach Jakobi (25. Juli) im mit Malereien verzierten Saal stattfindende Sennenball oder andere gepflegte Bräuche wie Alter Silvester, Alpfahrt, Stobete etc. Das Gasthaus R. ist jedoch nicht nur wegen der genannten, im Saalanbau (Saal-/Restauranttrakt) stattfindenden traditionellen Anlässe kulturhistorisch schützenswert, sondern grundsätzlich aufgrund der Jahrhunderte alten Geschichte des Gasthauses an der S. als solches. Somit ist das ganze Gebäude, nicht nur der Saal mit den nach der Gasexplosion von 1981 rekonstruierten Wandmalereien, sondern auch der Wohntrakt mit der getäferten Hauptfassade oder die zur Terrasse/Sitzplatz ausgerichtete Südfassade integral unter Schutz gestellt. Nichts anderes weist auch der kantonale Schutzzonenplan aus, der das „R.“ als Einzelbaute als geschützt bezeichnet und nicht bloss Bauteile davon wie bspw. den Saal (vgl. kantonaler Schutzzonenplan Appenzell A.Rh.: Liste der Kultur- und Naturobjekte, Objekt Nr. X). Auch die Bausubstanz ist somit ein wesentlicher Teil des Kulturobjekts „R.“, was auch die Tatsache belegt, dass das „R.“ - in der Vergangenheit und heute - immer wieder auf Chlaushauben der Silvesterkläuse dargestellt wird und für sämtliche Appenzeller Bauernmaler, mit oder ohne vorbeiziehende Kuhherden (Alpfahrt), ein beliebtes Sujet war und damit nicht zu Unrecht als eines der meistgemalten Gasthäuser des Kantons bezeichnet werden darf. Letztlich können die traditionellen Anlässe im „R.“ auch langfristig nur überleben, wenn das „R.“ auch äusserlich den erhöhten Anforderungen an ein Kulturobjekt aus baulicher und gestalterischer Sicht nachkommt, sind doch auch die traditionellen Bräuche im „R.“ nur authentisch, wenn auch die Hülle, in der das Brauchtum gelebt wird, in traditioneller Art und Weise in Erscheinung tritt und erhalten bleibt.

Nichts anderes vermögen die Rekurrenten im Übrigen aus der im Grundbuch auf der Parz. Nr. Y eingetragenen Dienstbarkeit (Servitut) herzuleiten, besteht doch danach entgegen den Behauptungen der Rekurrenten nicht bloss in Bezug auf den *Saal und dessen Nutzung* eine „Veränderungsbeschränkung mit Zutrittsrecht zu Gunsten der Schweiz. Eidgenossenschaft“ (vgl. GB-Eintrag vom 8. Januar 1992), sondern in Bezug auf das Gasthaus R. als solches. Aus dem entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag geht dabei wörtlich hervor, dass der jeweilige Grundeigentümer des Gasthauses R. - abgesehen von den nötigen Unterhaltsarbeiten - ohne Genehmigung der Berechtigten „alle Veränderungen am Objekt X“ zu unterlassen hat.

c) Zusammengefasst liegt der Charakter und die schutzwürdige Substanz des Gasthauses R. somit nicht alleine im Saal und der Durchführung der darin stattfindenden traditionellen bäuerlichen Anlässe begründet, sondern im ganzen Kulturobjekt „R.“, wozu auch die Bausubstanz und hier strittige Südfassade gehört.

4. a) Nach Art. 86 Abs. 3 BauG sind die geschützten Natur- und Kulturobjekte in ihrem Charakter und in ihrer schutzwürdigen Substanz langfristig zu erhalten. Dies bedeutet indessen nicht, dass an einem Kulturobjekt überhaupt keine baulichen Veränderungen vorgenommen werden dürfen. Indes sind Bauten und Anlagen so zu gestalten, dass sie geschützte Kulturobjekte nicht beeinträchtigen und in ihrer optischen Wirkung dem Schutzziel nicht widersprechen (Art. 86 Abs. 5 BauG).

b) Dementsprechend haben sich geschützte Kulturobjekte bei Umbauten und Renovationen bezüglich Gliederung, Material und Technik grundsätzlich der herkömmlichen Bauart anzupassen. Die Denkmalpflege achtet bei Kulturobjekten besonders auf die Authentizität des Materials, da der mit modernen Mitteln hergestellte Ersatz von historischen Bauteilen (bspw. Eternit- statt Holzschindeln, Zwischenglas-Sprossen statt aussenliegende Sprossen) als historisch unglaubwürdig gilt. Ziel ist es daher, Kulturobjekte und deren Umgebung in der Originalsubstanz und der historisch begründeten Erscheinung zu erhalten. Bei Renovationen von Kulturobjekten ist daher nebst der Ästhetik/Gestaltung auch der Grundsatz der Echtheit des Materials zu beachten. Anderenfalls könnte die Erscheinung von Kulturobjekten nur oberflächlich betrachtet gewahrt bleiben. (Fassaden)renovationen bei geschützten Kulturobjekten müssen sich daher in Bezug auf die Gliederung, Materialwahl und technische Ausführung am aktuellen Zustand der historischen Baute orientieren, was einen Materialwechsel von Holz zu Faserzement grundsätzlich ausschliesst.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 24.07.2006

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Verwaltungsgericht am 27. Juni 2007 abgewiesen worden.)

1438

Baubewilligungsverfahren: Ein Wohnwagen ist nicht als Baute im Sinne des Baureglements zu qualifizieren, womit dieser den reglementarischen Grenzabstand nicht einzuhalten braucht.

3. Umstritten ist vorliegend, ob der Wohnwagen des Rekurrenten auf der Parz. Nr. X, Grub, als „Baute“ bzw. „Kleinbaute“ im Sinne von Art. 19 Baureglement G. (BauR) zu qualifizieren ist und dementsprechend gegenüber dem Nachbargrundstück, Parz. Nr. Y, ein Grenzabstand von 3 m einzuhalten ist.

a) Für die Begriffe „Bauten und Anlagen“ enthält weder das Baugesetz (BauG; bGS 721.1) noch die Bauverordnung (BauV; bGS 721.11), noch das Baureglement der Gemeinde G. eine Definition. Der bundesrechtliche Begriff der Bauten und Anlagen ist vom Bundesgesetzgeber in Art. 22 Abs. 1 Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700) eingeführt worden. Danach dürfen „Bauten und Anlagen“ nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstreckt sich diese Bewilligungspflicht mindestens auf „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen“ (vgl. etwa BGE 123 II 259; BGE 120 Ib 379; BGE 119 Ib 222). In diesem Sinn handelt es sich bei „Bauten“ (mindestens) um oberirdische und unterirdische Gebäude und gebäudeähnliche Objekte sowie Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden. „Anlagen“ sind (mindestens) Verkehrseinrichtungen und erhebliche Geländeänderungen (Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bundesamt für Raumplanung (Hrsg.), Bern 1981, N. 6 f. zu Art. 22 RPG). Der baupolizeiliche und raumplanerische Bautenbegriff hat dementsprechend eine sehr umfassende Bedeutung und schliesst alles ein, was manchenorts als „bauliche Anlagen“ irgendwelcher Art bezeichnet wird, wobei es auf die äusseren Erscheinungsformen nicht ankommt. Wichtig ist die Zweckbestimmung, der Verwendungszweck der Bauten (vgl. *Erich Zimmerlin*, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, N. 2 zu § 10 mit Hinweisen).

b) Ein jeweils während längerer Dauer an der gleichen Stelle abgestellter bzw. aufgestellter Wohnwagen kann verschiedene Funktionen erfüllen: Er kann entweder als Unterkunft für Mensch oder Tier oder zur Unterbringung von Sachen benutzt werden. Sobald ein Wohnwagen zu diesen Zwecken genutzt wird, erscheint es gerechtfertigt, ihn als Baute bzw. Gebäude (bei fester Verankerung im Boden) oder als Fahrnisbaute zu betrachten (vgl. SG GVP 1998 Nr. 81). Dies ergibt sich auch aus dem von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 99 Ia 113, 120), wonach es (nur) bei einem ortsfest vorwiegend zu Wohnzwecken (bspw. als Dauerferienwohnung) benutzten Wohnwagen als gerechtfertigt erscheint, die gleichen Regeln anzuwenden, die für Gebäude oder Bauten herkömmlicher Art gelten.

c) Aus den Akten ergibt sich, dass der Wohnwagen des Rekurrenten mindestens ein- bis zweimal pro Jahr für Ferienreisen (Betriebszeit) gebraucht wird. Anhaltspunkte dafür, dass der Wohnwagen in der übrigen Zeit, wenn er neben der Garage auf dem Grundstück des Rekurrenten abgestellt ist, zu Wohnzwecken oder zur Unterbringung von Sachen benützt wird, sind nicht ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er dann, wenn er nicht für seinen Bestimmungszweck als „mobile Ferienwohnung“ gebraucht wird, lediglich mit der üblichen Campingausrüstung ausgestattet ist, welche Bestandteil des Wohnwagens ist.

d) Im Ergebnis kann der auf einer Abstellfläche abgestellte Wohnwagen des Rekurrenten somit nicht als Baute (bzw. Gebäude) und somit auch nicht als Kleinbaute im Sinne von Art. 19 BauR bezeichnet werden. Auch von einer „Lagerung“ nach Art. 19 BauV kann entgegen den Vorbringen des Rekursgegners nicht die Rede sein, ist das Abstellen eines Wohnwagens während der Nichtbetriebszeit doch in keiner Weise mit Ablagerungen oder Aufschichtungen von Baumaterialien, Heu, Streue, Holz etc. vergleichbar. Dementsprechend hat die Vorinstanz zu Unrecht die Einhaltung eines Grenzabstandes von 3 m verlangt, weshalb die Verfügung vom 8. Juni 2006 vollständig aufzuheben ist.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 12.09.2006

1439

Gewässerschutz: Pflichten des Bewirtschafters in der Grundwasserschutzzone S2.

Gemäss Anhang 2.6 Ziffer 3.3.1 der Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung, ChemRRV; SR 814.81) dürfen in der Zone S2 von Grundwasserschutzzonen flüssige Hofdünger nicht verwendet werden. Die kantonale Behörde

kann jedoch in Abweichung von diesem Verbot gestatten, flüssige Hofdünger in einem beschränkten Rahmen auszubringen, wenn auf Grund der Bodenbeschaffenheit gewährleistet ist, dass keine pathogenen Mikroorganismen in die Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gelangen (Anhang 2.6 Ziffer 3.3.2 ChemRRV). Im umstrittenen Schutzzonenreglement wird von dieser Ausnahme kein Gebrauch gemacht, weshalb das Ausbringen von Flüssigdünger nicht zulässig ist. Dies hat seinen Grund darin, dass gemäss dem Hydrogeologischen Bericht 2004 in Folge des Ausbringens von Flüssigdünger durch den Einsprecher Belastungen des Quellwassers mit pathogenen Keimen (E. Coli und Enterokokken) nachgewiesen wurden. Ein klares Indiz also, dass die Eigenschaften des Bodens nicht genügen, um pathogene Keime zurückzuhalten. Die Bodenbeschaffenheit in der Schutzzone S2 ermöglicht im vorliegenden Fall folglich kein Ausbringen von Flüssigdünger, weshalb das ausnahmslose Gülleverbot als im öffentlichen Interesse liegend und verhältnismässig gilt und somit gerechtfertigt ist. Dies umso mehr, als zum Beispiel das Austragen von Mist in der Schutzzone S2 nach wie vor erlaubt ist, soweit dadurch die Qualität des Quellwassers ebenfalls nicht beeinträchtigt wird.

5. Weiter bringt der Einsprecher vor, er lehne die Meldepflicht ab, wonach vor jedem Düngeaustrag in den Schutzzonen S2 und S3 die Wasserversorgung S. zu benachrichtigen sei. Er erachte die Pflicht zur Meldung an die Wasserversorgung als zu kompliziert und sehe den Nutzen dieser Meldung nicht. Entgegen dieser Auffassung ist die Meldung vor einem Düngeaustrag bei der zuständigen Stelle keinesfalls als zu kompliziert anzusehen. Auch wenn der Arbeitseinsatz wetterbedingt erst sehr kurzfristig geplant werden kann, so ist es dem Einsprecher zumutbar, mittels eines Telefonanrufs die Wasserversorgung S. darüber zu orientieren. Ausserdem dürfte die Meldung eines Düngeaustrags vor dessen Ausführung im Interesse beider Parteien sein, denn dies ermöglicht bei einer allfälligen Belastung der Wasserqualität eine rechtzeitige Reaktion seitens der Wasserversorgung S., um die entsprechenden Massnahmen zum Schutze des Wassers sofort einzuleiten. Auf Grund dessen erachtet das Departement Bau und Umwelt die Pflicht des Bewirtschafters nach Art. 22 sowie Art. 32 Schutzzonenreglement, die Wasserversorgung S. im Voraus über den Austrag von Dünger zu orientieren, durchaus als im öffentlichen Interesse liegend und verhältnismässig.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 22.06.2006

1440

Baubewilligungsverfahren: Eine Mobilfunkantennenanlage kann nicht als Aufbaute im Sinne des kommunalen Baureglements qualifiziert werden.

3. a) Nach Art. 63 Abs. 4 BauR Herisau dürfen Dachaufbauten wie Treppenhäuser, Liftaufbauten, Kamine, Ventilationszüge usw. mit dem technisch notwendigen Mass über die Dachfläche ragen. Aus dieser Bestimmung geht zwar klar hervor, dass gewisse Dachaufbauten unter bestimmten Voraussetzungen die reglementarische Gebäudehöhe bzw. die Firsthöhe nicht einhalten müssen, jedoch nicht, ob sich eine Mobilfunkantennenanlage unter Art. 63 Abs. 4 BauR subsumieren lässt.

b) Es trifft zwar zu, dass Art. 63 BauR von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Dachaufbauten ausgeht und nur „Einschränkungen“ und keine gänzlichen Verbote kennt (im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 2 besV des im Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. März 2005 erwähnten Überbauungsplans). Entscheidend ist jedoch in Art. 63 Abs. 4 BauR die Aufzählung der einzelnen, verschiedenen Dachaufbauten, welche allesamt einen funktionellen Zusammenhang zum darunter liegenden Gebäude aufweisen. Die Aufzählung der möglichen Dachaufbauten in Art. 63 Abs. 4 BauR ist zwar nicht abschliessend, doch ergibt eine Auslegung nach Sinn und Zweck und insbesondere die Abkürzung „usw.“,

dass nur Dachaufbauten gemeint sein können, welche einen Bezug zum Hauptgebäude haben, auch wenn dies nicht explizit aus dem Reglementstext hervorgeht. Alle in dieser Norm genannten Dachaufbauten haben einen funktionellen Zusammenhang zum bestehenden Gebäude, wobei sie diesem in irgendeiner Form dienen. Deshalb kann sich auch das „technisch notwendige Mass“ nur auf Aufbauten beziehen, welche mit dem Hauptgebäude funktionell in Zusammenhang stehen bzw. diesem von Nutzen sind und aus technischen Gründen übers Dach hinausragen.

Vorliegend ist weder eine Zweckdienlichkeit der geplanten Mobilfunkantennenanlage für das bestehende Gebäude ersichtlich noch ist diese für den Betrieb desselben erforderlich, womit ihr der funktionelle Bezug zu dem Gebäude gänzlich fehlt. Die Mobilfunkantennenanlage hat vielmehr den Zweck, die Versorgung des Gemeindegebiets mit Mobilfunkdiensten zu verbessern und könnte ebenso gut an einem anderen Standort angebracht werden. Damit kommt das Departement Bau und Umwelt zum Schluss, dass die Antennenanlage nicht als Aufbaute im Sinne von Art. 63 Abs. 4 BauR qualifiziert werden kann.

c) Da die Mobilfunkantennenanlage keinen Bezug zum bestehenden Gebäude aufweist, kann diese auch nicht aufgrund der Bestandes- und Erweiterungsgarantie von Art. 94 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG; bGS 721.1) bewilligt werden, zumal durch eine zusätzliche Verletzung der Regelbauvorschriften wesentliche öffentliche Interessen verletzt würden (Art. 94 Abs. 2 lit. c BauG). Weil die Mobilfunkantennenanlage zudem von weitem sichtbar wäre, würde durch diese das geschützte Ortsbild sowie die Umgebung beeinträchtigt werden, was ebenfalls einer Bewilligung entgegensteht (Art. 44 Abs. 7 BauR).

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 19.07.2006

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Verwaltungsgericht am 28. März 2007 abgewiesen worden.)

1441

Lärmschutz: Begriff des lärmempfindlichen Raums

3. Weiter macht der Rekurrent geltend, dass die Wohnqualität in seiner Liegenschaft massiv reduziert sei, wenn nicht alle Fenster in der Nordfassade saniert würden.

Nach Lärmschutzrecht ist nicht der subjektiv empfundene Lärm, sondern eine durchschnittliche Lärmbelastung massgebend. Daher ist vorliegend auch nicht die subjektiv empfundene Wohnqualität im Wohnhaus des Rekurrenten entscheidend, sondern die Qualifikation der Räumlichkeiten als lärmempfindlich. Den Begriff des lärmempfindlichen Raumes umschreibt die LSV in ihren allgemeinen Bestimmungen. Gemäss Art. 2 Abs. 6 lit. a LSV sind lärmempfindliche Räume Räume in Wohnungen, ausgenommen Küchen ohne Wohnanteil, Sanitärräume und Abstellräume. Das heisst konkret, dass Räume, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, als lärmempfindliche Räume gelten. Im Rahmen von Art. 20 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) sind solche Innenräume daher vor Aussenlärm zu schützen, wenn unter objektiven Gesichtspunkten auch tatsächlich ein gewisses Ruhebedürfnis besteht. Auch auf kantonaler Ebene wird zwischen lärmempfindlichen und –unempfindlichen Räumen unterschieden (Anhang 5 Pflichtenheft). Danach gelten Sanitärräume, Abstellräume sowie ein Gang oder Treppenhaus als lärmunempfindlich.

Das Badezimmer gilt somit weder nach LSV noch nach Anhang 5 Pflichtenheft als lärmempfindlicher Raum, womit das Fenster Nr. 6 nicht in die Sanierung miteinbezogen werden kann. Ob nun die Türe ständig offen gelassen oder wie in vorliegendem Falle ganz ausgehängt wird, um entsprechend viel aus den engen Wohnverhältnissen herauszuholen, spielt für diese Beurteilung keine Rolle.

Weiter ist unerheblich, ob der „Gang oder Korridor“ wohnlich eingerichtet und möbliert ist und somit zur Wohnlichkeit im Haus beiträgt. Entscheidend ist alleine, ob sich Personen in den entsprechenden Räumlichkeiten aus objektiver Sicht regelmässig während längerer Zeit aufhalten. Bei einem „Gang oder Korridor“ ist dies klarerweise nicht der Fall. Auch die Fenster Nrn. 3 und 7 können somit nicht in die Sanierung miteinbezogen werden.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 17.07.2006

1442

Nutzungsplanung: Für die Beibehaltung einer Parzelle in einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen muss ein konkretisiertes öffentliches Bedürfnis ausgewiesen sein.

3. a) Nach Art. 51 BauG sind Baureglemente und Nutzungspläne u.a. dann zu überprüfen und allenfalls zu revidieren, wenn sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse wesentlich verändert haben. Diese Bestimmung, welche letztendlich den Grundsatz von Art. 21 Abs. 2 Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700) konkretisiert, gewährt auch einem Grundeigentümer - auch ausserhalb einer von Amtes wegen eingeleiteten Revision der Zonenordnung - einen Anspruch formeller Natur auf Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der planerischen Massnahmen für sein Grundstück, sofern der Plan angesichts erheblich veränderter Verhältnisse nicht mehr mit der Eigentumsgarantie vereinbar ist (vgl. BGE 120 Ia 227 ff.; *Peter Hänni*, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 111).

b) Der geltende Zonenplan der Gemeinde T. ist am 22. Februar 1995 durch die Genehmigung des Regierungsrats von Appenzell A.Rh. in Kraft getreten. Von beiden Seiten ist unbestritten, dass die Teilparzelle Nr. X der Rekurrenten im Rahmen dieser Gesamtrevision u.a. mit der Begründung der OE zugewiesen bzw. (seit 1974) in der OE belassen worden ist, darauf allenfalls eine öffentliche Schulhausbaute zu errichten. In den Jahren 2002 bis 2004 wurde auf der Parz. Nr. Y (ehemals Parz. Nr. Z), welche an die Parz. Nr. X der Rekurrenten angrenzt, die Primarschulanlage „L“ realisiert. Damit steht fest, dass die Liegenschaft der Rekurrenten für den Bau eines Schulhauses nicht mehr benötigt wird. Ebenfalls unbestritten ist, dass an diesem Ort eine Schulhaus-Erweiterung in den nächsten 15 Jahren nicht zur Diskussion steht (vgl. Konzept der öffentlichen Bauten und Anlagen der Gemeinde T. vom 3. Mai 2005, S. 7 f.). Mit dem Neubau des Schulhauses „L.“ ist somit eine neue Ausgangslage eingetroffen, was auch die Vorinstanz anerkennt (vgl. Beschluss des Gemeinderats T. vom 8. Februar 2006, S. 2 oben). Aus diesem Grund steht der materiellen Überprüfung der beantragten Zonenplanänderung nichts entgegen, zumal seit der letzten Revision der Ortsplanung über elf Jahre vergangen sind und der strittige Teil des rekurrentischen Grundstücks bereits seit 1974 der OE-Zone zugewiesen ist.

4. a) Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen führt zu einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, die mit der Eigentumsgarantie vereinbar ist, wenn sie sich auf eine klare gesetzliche Grundlage stützt, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Die gesetzliche Grundlage ist nicht bestritten. Auch anerkennen die Rekurrenten, dass für das Belassen der Teilparzelle Nr. X in der OE nicht von vornherein nur ein Schulhaus, sondern grundsätzlich irgendeine öffentliche Baute oder Anlage in Frage kommt. Sie verneinen jedoch ein ausreichend konkretisiertes öffentliches Interesse der Gemeinde für die weitere Inanspruchnahme ihres Grundstückes Nr. X.

b) Es ist somit zu prüfen, ob diese Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt und ob das öffentliche Interesse die entgegenstehenden privaten Interessen überwiegt. Seit der Realisierung des Schulhauses auf der Nachbarparzelle Nr. Y steht fest, dass die Teilparzelle der Rekurrenten für Bauten und Anlagen des Schulhauses nicht mehr beansprucht wird. Im Laufe dieses Verfahrens stellt sich die Vorinstanz im Rekursverfahren - im Gegensatz zu dem

im Gemeinderatsbeschluss vom 8. Februar 2006 (S. 2) genannten Katalog von verschiedenen öffentlichen Bedürfnissen (Erweiterung Schulhaus, Spielplatz für Kleinkinder, Rasenspielfeld, weitere öffentliche Bauten und Anlagen) - nun aber erstmals alleine auf den Standpunkt, die Teilparzelle der Rekurrenten werde zukünftig mit einiger Sicherheit für die Errichtung eines öffentlichen Kinderspielplatzes benötigt. Trotz Wegfalls des öffentlichen Bedürfnisses nach einer Schulhausbaute ist das Belassen des Parzellenteils Nr. X in der OE gerechtfertigt, sofern dieses zweite Interesse genügend ausgewiesen ist.

5. a) Das Gemeinwesen darf die für öffentliche Anlagen benötigten Flächen auf weite Sicht hinaus sichern, um zu einer den Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechenden Gestaltung der Siedlungen zu gelangen. Ihr Planungshorizont darf dabei über die in Art. 15 RPG erwähnten fünfzehn Jahre hinausgehen. Voraussetzung zur Festsetzung einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen ist jedoch, dass das geltend gemachte zukünftige Bedürfnis genügend konkretisiert ist. Das Bedürfnis ist vom Gemeinwesen so genau wie möglich anzugeben, und die Errichtung der öffentlichen Baute oder Anlage muss mit einiger Sicherheit zu erwarten sein. Als unzulässig müsste die Schaffung von Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen bezeichnet werden, wenn diese Zonenfestsetzung einzig ein Vorwand dafür wäre, dass sich das Gemeinwesen ausgedehnte Landflächen sichern sollte, um über eine möglichst grosse Handlungsfreiheit für die raumplanerische Gestaltung des Gemeindegebiets zu verfügen. Steht jedoch aufgrund sorgfältiger Analysen und Prognosen, welche gemäss den anerkannten Methoden der Raumplanung durchgeführt werden, fest, dass der geltend gemachte Landbedarf für bestimmte öffentliche Bedürfnisse ausgewiesen ist, so ist die Festsetzung der OE-Zone nicht zu beanstanden (BGE 102 Ia 369 f.; BGE 114 Ia 339 f.; BGE vom 2. April 2001, 1P.17/2001, E. 3a; AR GVP 1994 Nr. 1263).

Entscheid des Regierungsrates vom 15.08.2006

1443

Verfahren: Für die Einreichung und Begründung eines Gesuchs um Namensänderung besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

5. Wie die Vorinstanz bereits ausgeführt hat, handelt es sich bei der Namensänderung nach allgemeiner Lebenserfahrung um einen Entscheid, der für das weitere Leben prägend ist und damit eine erhebliche Tragweite im Sinne des Gesetzes aufweist. Weiter ist davon auszugehen, dass der Rekurrent selber nicht rechtskundig ist. Er war zum Zeitpunkt des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung noch Schüler und hat das achtzehnte Lebensjahr noch nicht ganz vollendet. Ob jedoch die zu beantwortenden Fragen im vorliegenden Fall nicht als leicht zu qualifizieren sind beziehungsweise besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufwerfen, bedarf eingehender Betrachtung.

a) Bei der Begründung und Einreichung eines Gesuchs um Namensänderung geht es nicht um rechtlich komplexe Fragen, sondern um die Anwendung einer einzigen Rechtsbestimmung. Aus der Begründung des Gesuchs des rekurrentischen Rechtsvertreters vom 23. Mai 2005 ist ersichtlich, dass keinerlei entscheidende rechtliche Kenntnisse vorhanden sein müssen, um eine Begründung für eine Namensänderung vorzunehmen. Das Gesuch kann mittels eines amtlichen Formulars eingereicht werden, welches beim Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst erhältlich ist oder auf der Homepage des Kantons heruntergeladen und ausgedruckt werden kann. Dieses Gesuch umfasst vier Seiten und dessen Fragen betreffen „wichtige Gründe für die beantragte Namensänderung“ und „konkrete ernstliche Nachteile durch die heutige Namensführung“. Dafür sind keine rechtlichen Erwägungen notwendig, auch nicht die rechtlichen Ausführungen im formellen Teil des Gesuchs des rekurrentischen Rechtsvertreters, weshalb dem Rekurrenten die fehlende Rechtskundigkeit für die Bestellung eines

unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht zu Gute kommt. Inhaltlich gehen aus dem Gesuch des rekurrentischen Vertreters rein sachliche Darstellungen hervor, namentlich, dass der bisherige erste Vorname Aristidis ein klassischer griechischer Vorname sei, sein Mandant auf Grund dieses christlichen Vornamens Identifikationsprobleme empfinde und sein Name wegen seiner Religionszugehörigkeit zum Islam seelische und moralische Schwierigkeiten mit sich bringen würde. Die Darlegung dieser Punkte bringt keine tatsächlichen Schwierigkeiten mit sich, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre. Er hätte diese Argumente auch ohne anwaltliche Vertretung vorbringen und begründen können.

b) Die Vorbringen des rekurrentischen Rechtsvertreters, es musste mit aufwändigen Mitteln, wie insbesondere der Einholung verschiedener Bestätigungen ehemaliger Lehrer des Rekurrenten belegt werden, dass der Vorname Mustafa schon von Kindsbeinen an im alltäglichen Umgang verwendet wurde und das Beibringen von türkischen Dokumenten nicht als einfache beweismässige Darstellung des Sachverhalts gelte, sind unbehelflich. Was die ehemaligen Lehrer als Zeugen betrifft, hätten auf dem offiziellen Gesuchsformular nur die Namen aufgeschrieben werden müssen und mit Ankreuzen eines Kästchens den entsprechenden Personen die Vollmacht zur Auskunftserteilung gegeben werden können. Am Ende des vierseitigen Gesuchformulars des Kantons sind alle dem Gesuch beizulegenden Unterlagen aufgeführt, unter anderem bei ausländischen Staatsangehörigen auch eine Kopie des Ausländerausweises und des Passes. Auch hier kann von aufwändiger beweismässiger Darstellung des Sachverhalts keine Rede sein. Der Rekurrent hätte nur dieses Formular befolgen und einige Kopien machen müssen. Bei Fehlen eines für den Entscheid des Zivilstands- und Bürgerrechtsdiensts relevanten Dokuments wird der Gesuchsteller darauf hingewiesen und aufgefordert, das fehlende oder ungültige Dokument nachzureichen. Dies hat die Behörde nota bene auch bei der unvollständigen Einreichung der Beilagen des Rechtsvertreters des Gesuchstellers gemacht, indem sie nachträglich um die Zustellung einer Wohnsitzbescheinigung und einer Kopie des Ausländerausweises gebeten hat (Schreiben Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst vom 27. Juni 2005).

c) Der rekurrentische Rechtsvertreter fügt weiter an, dass bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Beizugs eines Rechtsvertreters im vorinstanzlichen Verfahren hauptsächlich auch die persönliche Situation des Rekurrenten zu berücksichtigen sei. Das Argument des Alters des Rekurrenten, von ihm könne auf Grund der Minderjährigkeit nicht verlangt werden, dass er über ausreichende Fähigkeiten verfüge, ein entsprechendes Gesuch einzureichen, vermag nicht zu überzeugen, zumal der Rekurrent die Mündigkeit rund eineinhalb Monate nach der Gesuchstellung erreichte. Bei einem Gesuch um Namensänderung handelt es sich um ein relativ höchstpersönliches Recht, welches die berechnete, unmündige Person unter der Voraussetzung der Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 16 und 19 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZGB; SR 210) selbst ausüben kann. Im vorliegenden Fall ist also nicht auf die Mündigkeit, sondern auf die Urteilsfähigkeit abzustellen, bezüglich welcher beim Rekurrenten keine Anzeichen auf deren Nichtvorhandensein vorliegen. Es kann ihm durchaus zugemutet werden, dieses höchstpersönliche Recht selbst auszuüben. Es mag zutreffen, dass die Eltern des Gesuchstellers ihm diesbezüglich auf Grund mangelnder Sprachkenntnisse keine Hilfe sein konnten. Er selber ist jedoch in der Schweiz geboren, aufgewachsen und besucht hier die Schule. Er spricht deutsch und um allfällige Unklarheiten bezüglich des Gesuchs auszuräumen, hätte er auch Lehrpersonen fragen können, welche ihm bestimmt helfend zur Seite gestanden wären. Dass sich der Rekurrent eine Unterstützung zur Einreichung eines Namensänderungsgesuches am erfolgversprechendsten durch den Beizug eines Rechtsvertreters beschaffen konnte, will gar nicht bestritten werden. Jedoch war dies in vorliegendem Fall keinesfalls notwendig. In vielen Bereichen ist der Beizug eines Rechtsvertreters am erfolgversprechendsten, was nicht zu bedeuten hat, dass dies auch notwendig und unumgänglich ist.

d) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Einreichung des Namensänderungsgesuchs durch den Rekurrenten selbst als zumutbar erscheint. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die sorgfältige, seriöse Beantwortung der Fragen in Bezug auf die Beweggründe des Gesuchstellers, seinen Namen zu ändern sowie die Auflistung von Personen, welche dies bestätigen können. All dies hätte der Rekurrent auch selber

glaubhaft darlegen können, zumal im Namensänderungsgesuch mit vier konkreten Fragen danach gefragt wird. Diese aufgeworfenen Fragen gelten keinesfalls als nicht leicht beantwortbar im Sinne des VRPG und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der Rekurs gegen die Verfügung vom 26. August 2005 betreffend unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist demnach abzuweisen.

Entscheid des Regierungsrates vom 09.01.2006

1444

Strassenwesen: Der Erlass von Verkehrsbeschränkungen beurteilt sich nach den Bestimmungen der Strassenverkehrsgesetzgebung und nicht nach dinglichen oder obligatorischen Rechten.

4. a) Unbestritten ist vorliegend, dass jedermann das Recht hat, die E. als Fussweg zu benutzen sowie dass die Mitglieder der Strassenkorporation als Anstösser das Recht haben, die E. zu befahren. Die Rekurrentin meint hingegen, gestützt auf das im Grundbuch angemerkte, (beschränkte) öffentliche Fahrwegrecht, einen Anspruch auf den Erlass der beantragten Verkehrsbeschränkungen, insbesondere des Lastwagenfahrverbots (ausgenommen für die öffentlichen Dienste), ableiten zu können. Dem ist jedoch nicht der Fall, wie gleich zu zeigen sein wird. Die Rekurrentin verkennt, dass sich der Erlass von Verkehrsbeschränkungen auf öffentlichen oder teilweise öffentlichen Strassen wie der E. nicht nach obligatorischen oder dinglichen Rechten beurteilt, sondern nach den Bestimmungen der einschlägigen Strassenverkehrsgesetzgebung.

b) Nach Art. 110 Abs. 2 des Gesetzes über die Staatsstrassen (bGS 731.11) ist der Gemeinderat mit Zustimmung der Kantonspolizei befugt, auf Gemeinde- und öffentlichen Privatstrassen dauernde Verkehrsbeschränkungen und Verkehrsanordnungen zu erlassen (vgl. auch Art. 3 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes, SVG; SR 741.01). Die massgeblichen Voraussetzungen für den Erlass von solchen Verkehrsbeschränkungen finden sich in Art. 3 Abs. 4 SVG. Danach können Anordnungen und Beschränkungen erlassen werden, soweit u.a. der Schutz der Bewohner vor Lärm und Luftverschmutzung, die (Verkehrs-)Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Eine Verkehrsbeschränkung kann daher (mit Zustimmung der Kantonspolizei) durch den Gemeinderat nur erlassen werden, wenn ein öffentliches Interesse nach Art. 3 Abs. 4 SVG daran besteht. Ein solches ist vorliegend jedoch in keiner Weise ersichtlich und wird von der Rekurrentin auch nicht geltend gemacht: So besteht für die E. bereits ein allgemeines Fahrverbot für Motorwagen, Motorräder und Motorfahrräder (Signal Nr. 2.14 SSV); unter Motorwagen fallen nach der Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 lit. a SSV alle mehrspurigen Motorfahrzeuge, somit auch Lastwagen nach Art. 19 Abs. 1 lit. d SSV („schwere Motorwagen zum Sachentransport“). Das von der Rekurrentin geforderte „Lastwagenfahrverbot“ hat somit für die E. bereits Bestand. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Rekurrentin auf dieser bereits bestehenden Verkehrsbeschränkung beharrt. Die Rekurrentin bezweckt anscheinend, die Durchfahrt von Lastwagen auf ihrem Strassenteilstück bzw. den bereits vorhandenen sowie den noch zu erwartenden Baustellenverkehr zum Grundstück Nr. Y zu unterbinden. Ob sie damit nur ihr direkt an die E. angrenzendes Haus schützen will, welches in der E. ein Engnis bildet oder aber das geplante Bauvorhaben auf dem weiter östlich an der E. gelegenen Grundstück Nr. Y grundsätzlich verhindern möchte (vgl. Rekurs der Rekurrentin vom 11. Januar 2006 betreffend Neubau von drei Mehrfamilienhäusern und einem Doppeleinfamilienhaus mit zwei Tiefgaragen auf Parzelle Nr. Y.), ist dabei nicht gänzlich klar. Dies ist vorliegend aber auch nicht weiter von Bedeutung, da ein allgemeines Fahrverbot für Lastwagen bereits besteht und für den Erlass

eines zusätzlichen Lastwagenfahrverbots zweifelsohne keine öffentliche Interessen nach Art. 3 Abs. 4 SVG ausgewiesen sind. Die von der Rekurrentin vorgebrachten Gründe stellen vielmehr rein private Interessen der Rekurrentin dar, welche nicht zum Erlass der beantragten Verkehrsbeschränkungen genügen. Der Rekurs ist in diesem Punkt somit abzuweisen.

5. a) Weil die E. grundsätzlich von jedem Fahrzeuglenker, der als Anwohner bzw. im Rahmen des Zubringerdienstes berechtigt ist, befahren werden darf, ist eine Geschwindigkeitsbeschränkung (auf 30 km/h) grundsätzlich denkbar, wenn eine der in Art. 108 Abs. 2 SSV genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Nach Art. 108 Abs. 2 SSV können die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten unter anderem dann herabgesetzt werden, wenn eine Gefahr nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben ist (Bst. a) oder bestimmte Strassenbenützer eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes bedürfen (Bst. b). Zu beachten ist vorliegend zudem Art. 32 Abs. 1 SVG, wonach die Geschwindigkeit stets den Umständen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen anzupassen ist.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 19.04.2006

1445

Verfahren: Diejenige Behörde, deren Verfügung missachtet wurde, ist zuständig, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen.

4. a) Der Rekurrent macht geltend, dass gemäss Art. 108 Abs. 2 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG; bGS 721.1) die Gemeindebaubehörde für die Anordnung der Entfernung oder Abänderung und zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zuständig sei, sofern noch keine Bewilligung erteilt worden sei. Der Dachraum der Doppelgarage sei erst nach erfolgter Bauabnahme vom 30. August 2000 ausgebaut und als Büro genutzt worden. Der Rekurrent sei aufgefordert worden, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. In der Folge sei dieses abgelehnt worden. Unter Verweis auf Art. 108 BauG sei somit für den Erlass der Vollzugsanordnung nicht das Planungsamt von Appenzell A. Rh. sondern die Gemeindebaubehörde zuständig. Die Vollzugsanordnung sei somit - weil von einer unzuständigen Behörde erlassen - nichtig.

b) Das Planungsamt und die Baubewilligungskommission H. bewilligten mit Entscheiden vom 14. Oktober 1999 und 3. November 1999 den Bau einer Doppelgarage deren Dachraum als Geräteraum genutzt werden darf. In der Bewilligung des Planungsamts vom 14. Oktober 1999 wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Mass der zulässigen Nebenräume ausgeschöpft sei und daher über der Doppelgarage kein weiteres Geschoss bewilligt werden könne. Somit liegt eine Bewilligung vor, die den Umfang des Ausbaus des Dachraums explizit beinhaltet. Der Dachraum wurde in Abweichung zur Bewilligung ausgebaut und nicht ohne jede Bewilligung erstellt, wie vom Rekurrenten geltend gemacht. Daran ändert auch nichts, dass sein nachträglich eingereichtes Baugesuch abgelehnt wurde. Es liegt in der Zuständigkeit derjenigen Behörde, deren Bewilligung missachtet wurde, die Verfügung der Entfernung oder Abänderung sowie die Wiederherstellung des ursprünglichen, rechtmässigen Zustands zu erlassen (Art. 108 Abs. 1 und 2 BauG). Im konkreten Fall war daher richtigerweise das Planungsamt zuständig, den Rückbau zu verfügen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 09.01.2006

Strassenwesen: Im kommunalen Recht der Gemeinde H. besteht keine eigene Vorschrift, welche für Hecken fixe Höchstmasse vorschreibt.

4. Bestritten ist vorliegend, ob eine genügende Rechtsgrundlage besteht, um ein Zurückschneiden der Buchenhecke auf eine Höhe von 90 cm zu verlangen.

a) Der Gemeinderat H. stellt sich auf den Standpunkt, das ausserrhodische Recht verwende sowohl für künstliche Einzäunungen als auch für Hecken bzw. Lebhäge den Oberbegriff „Einfriedungen“. Daher sei auch Art. 58 Abs. 2 BR, der längs öffentlichen Strassen nur Einfriedungen und Mauern zulässt, deren Höhe 90 cm nicht übersteigen, auf die umstrittene Buchenhecke der Rekurrenten direkt anwendbar. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Das kantonale Staatsstrassengesetz (bGS 731.11) nimmt eine klare Unterscheidung zwischen Pflanzungen einerseits und Einfriedungen andererseits vor (vgl. Übertitel von Art. 93 ff., Art. 97 und Art. 98). Während unter Pflanzungen u.a. Bäume und Sträucher (Art. 93) sowie Lebhäge bzw. Hecken (Art. 95) zu verstehen sind, sind mit Einfriedungen (im Gegensatz zu „belebten Einfriedungen“) bloss „künstliche Einfriedungen“ wie Mauern, Holzwände, Zäune und landwirtschaftliche Häge gemeint (Art. 96 und 97). Zwischen künstlichen Einfriedungen und Lebhägen gelten zu den Staatsstrassen hin daher auch unterschiedliche Grenzabstands- und Höhenvorschriften (vgl. Art. 95 und 96). Auch die Gliederung von Art. 58 BR lehnt sich an die übergeordnete kantonale Systematik an und stimmt mit dieser weitgehend überein. Dementsprechend sind im kommunalen Baureglement nur für Anlagen wie (künstliche) Einfriedungen und Mauern Maximalhöhen und Grenzabstände vorgeschrieben (Abs. 2). Für Pflanzungen wie Bäume, Sträucher und Hecken (Lebhäge) wird hingegen auf die massgebenden Bestimmungen des kommunalen Strassenreglements verwiesen (Abs. 3).

b) Massgebend für den vorliegenden Fall ist somit nicht Art. 58 Abs. 2 BR, sondern Art. 58 Abs. 3 BR i.V.m. Art. 29 Abs. 1 StrR. Danach dürfen Bäume, Sträucher und Hecken den Strassenverkehr, die Sicht, die Strassenbeleuchtung sowie Strassentafeln und Verkehrssignale nicht beeinträchtigen. Diese Bestimmung konkretisiert letztendlich Art. 58 Abs. 1 BR, der ebenfalls, aber in allgemeinerer Form festhält, dass die Sicherheit des Verkehrs und speziell die Sichtverhältnisse entlang von Strassen weder durch die Errichtung noch die Benutzung von Bauten und Anlagen (wie künstliche Einfriedungen) sowie Pflanzungen (wie Hecken/Lebhäge) beeinträchtigt werden dürfen.

c) Im kommunalen Recht der Gemeinde H. besteht somit keine eigene Vorschrift, welche für Hecken bzw. Lebhäge fixe Höchstmasse vorschreibt. Vielmehr ist jeweils aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen, welche Heckenhöhe erlaubt ist, damit die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigt wird (Art. 29 Abs. 1 StrR und Art. 58 Abs. 1 BR). Das Gleiche gilt im Übrigen auch für den einzuhaltenden Grenzabstand zur Strassenlinie. Würde man nämlich der Argumentation der Vorinstanz folgen, hätte der Gemeinderat H. konsequenterweise nicht nur die Einhaltung der Höhe von 90 cm verlangen müssen, sondern auch die Einhaltung des Abstandes von 50 cm zur Strassenlinie (vgl. Art. 58 Abs. 2 BR), was jedoch nicht der Fall ist. Art. 58 Abs. 2 BR kann letztlich somit höchstens in analoger Weise herangezogen werden. Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung können ausserdem die Technischen Vorschriften der Gemeinde H. zum Strassenreglement (SRV 81.2) bzw. die Normen der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) als Hilfskriterien zur Anwendung gelangen.

B.

Gerichtsentscheide

1. Verwaltungsgericht

2259

Verfahren. Beschwerdelegitimation der Gemeinden.

Die Gemeinden und andere öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind zur Wahrung eigener öffentlicher Interessen auch in Bau- und Planungssachen unverändert zur Rekurs- und Beschwerdeerhebung legitimiert.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 59 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat oder durch das Gesetz dazu ermächtigt ist. Abs. 2 dieser Bestimmung sieht seit 1.1.2003 ausdrücklich vor, dass zur Wahrung eigener öffentlicher Interessen das Rekurs- und in Verbindung mit Art. 59 das Beschwerderecht auch den Gemeinden sowie den anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusteht (anders noch Art. 19 des auf diesen Zeitpunkt aufgehobenen Gesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 28. April 1985). Ohne diesen zweiten Absatz wären zumindest die anderen Körperschaften nur dann zum Rekurs berechtigt, wenn sie wie ein Privater von einer Verfügung betroffen sind (vgl. AR GVP 9/1997, Nr. 2161). Damit wurde eine Praxis normiert, welche zuvor ohne besondere Ermächtigung die Legitimation zumindest der Gemeinden jeweils auch dann bejahte, wenn sie in einer Sache schutzwürdige kommunale öffentliche Interessen geltend machten und dadurch mehr betroffen waren als andere (vgl. *H.J. Schär*, Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren, Teufen 1985, N 27 zu Art. 19). Diese besondere Legitimation der Gemeinden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften, welche in Bausachen ausserhalb der Bauzonen ähnlich auch Art. 34 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) vorsieht, kann insofern als "abstraktes Beschwerderecht" bezeichnet werden, als das Gemeinwesen - anders als bei einer Individualbeschwerde nach Art. 32 Abs. 1 VRPG - nicht nachzuweisen hat, dass es wie ein Privater berührt ist (vgl. *Waldmann/Hännli*, RPG-Handkommentar 2006, N 52 zu Art. 33 RPG). Immerhin hat das Gemeinwesen nach Art. 32 Abs. 2 VRPG eigene öffentliche Interessen nachzuweisen. Deshalb sind Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften nach wie vor nicht befugt, allgemeine Interessen zu vertreten - es sei denn, diese seien anderweitig auch dazu gesetzlich ermächtigt. Anders als Gemeinden und öffentlich-rechtliche Körperschaften sind in Rechtsmittelverfahren desavouierte Vorinstanzen weiterhin nicht zu Rekurs und Beschwerde legitimiert, es sei denn, auch sie seien kraft ausdrücklicher Vorschrift dazu ermächtigt (Erläuternder Bericht zum VRPG-Entwurf vom 16. 10. 2001, S. 10 zu Art. 32; vgl. z.B. Art. 47 der VO über die amtl. Grundstückschätzungen, bGS 621.21). Weil es auf kantonaler Ebene in Bausachen an einer über Art. 32 Abs. 2 VRPG hinausgehenden gesetzlichen Ermächtigung der Gemeinden zur Beschwerde fehlt, bleibt zu prüfen, ob die Gemeinde H. mit ihrer Beschwerde eigene öffentliche Interessen vertritt.

2. Soweit die Beschwerdegegner geltend machen, in Bausachen sei die Gemeinde- und Korporationsbeschwerde im Sinne von Art. 32 Abs. 2 VRPG durch jüngeres Recht ausgeschlossen worden, nämlich durch Art. 111 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG; bGS 721.1, in Kraft seit 1.1.2004), trifft dies nicht zu. Die Beschwerdegegner übersehen, dass Art. 111 Abs. 1 BauG zumindest inhaltlich nicht jüngeres Recht darstellt, nachdem diese Bestimmung unverändert aus Art. 91 Abs. 1 des aufgehobenen EG zum RPG ins neue BauG übernommen wurde. Da Art. 111 Abs. 1 BauG dem Wortlaut nach ausschliesslich die Individualbeschwerde regelt, kann auch nicht gesagt werden, es handle sich um eine Spezialbestimmung zu Art. 32 Abs. 2 VRPG. Hätte der

kantonale Gesetzgeber mit Art. 111 Abs. 1 BauG die ein Jahr zuvor mit Art. 32 Abs. 2 VRPG normierte Gemeinde- und Korporationsbeschwerde für den Bau- und Planungsbereich tatsächlich ausschliessen wollen, so hätte er dies in Art. 111 BauG genauso ausdrücklich getan, wie er unmittelbar davor (in Art. 110 Abs. 3 BauG) die Anwendbarkeit der Fristenstillstandsregeln des VRPG ausgeschlossen hat. Da auch in den Gesetzesmaterialien zu Art. 111 BauG nichts darauf hindeutet, dass die Gemeinde- und Korporationsbeschwerde wieder ausgeschlossen werden sollte, ist davon auszugehen, dass diese auch in Bau- und Planungssachen weiterhin gegeben ist.

3. Von eigenen öffentlichen Interessen der Gemeinde kann dann gesprochen werden, wenn diese sich gegen Eingriffe in ihren kommunalen Wirkungskreis zu Wehr setzt (Erläuternder Bericht zum VRPG-Entwurf, a.a.O., S.10). Nach Lehre und (jüngerer) Rechtsprechung des Bundesgerichts wird das Berührtsein in einem schutzwürdigen eigenen Interesse dann bejaht, wenn eine Verfügung die vom Gemeinwesen zu wahrenen Allgemeininteressen berührt und ein erheblicher Interessengegensatz zwischen dessen Interessen und jenen der entscheidenden Instanz besteht. Ein Berührtsein im Autonomiebereich wird jedoch nicht vorausgesetzt (vgl. *Kölz/Bosshart/Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kt. ZH, 2. Aufl., N. 58-60 zu § 21). Daher kann es sich auch um dem Gemeinwesen übertragene Befugnisse handeln (vgl. *Cavelti/Vögeli*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kt. St. Gallen, 2003, N 453). Fraglich ist, ob die Rechtsmittelbefugnis eines Gemeinwesens auch dann noch zu bejahen ist, wenn diesem im betreffenden Bereich eine Verfügungskompetenz fehlt. Von der Lehre wird in Anlehnung an die Individualbeschwerde vertreten, dass bei einer Gemeinde, die selbst keine Verfügungskompetenz besitzt, die Rechtsmittelbefugnis auch dann zu bejahen sei, wenn sie im betreffenden Bereich mehr als irgendein Gemeinwesen in ihrem Interessen- und Aufgabenbereich betroffen ist (*Cavelti/Vögeli*, a.a.O., N 457; mit Hinweisen; vgl. auch AR GVP 9/1997, Nr. 2161).

4. Nach Art. 97 Abs. 1 BauG bedürfen alle nach Massgabe von Art. 93 baubewilligungspflichtigen Bauvorhaben einer Baubewilligung der Gemeindebaubehörde; dies gilt deshalb auch für alle bewilligungspflichtigen Vorhaben in kantonalen Schutzzonen und mithin in Ortsbildschutzzonen von nationaler Bedeutung. Da Bauvorhaben in kantonalen Schutzzonen "zusätzlich" einer raumplanerischen Bewilligung des kantonalen Planungsamtes bedürfen (Art. 97 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 BauG), heisst dies, dass der Gemeinde H. für den Bereich ihres auf Gemeindegebiet gelegenen Ortsbildes von nationaler Bedeutung nebst dem kantonalen Planungsamt eine parallele Bewilligungskompetenz zusteht, wobei sie die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens nach den Zonenvorschriften sowie den übrigen kommunalen und auch kantonalen Bauvorschriften zu prüfen hat, nicht jedoch nach den Vorschriften in Art. 84 BauG (Ortsbildschutz). Von einer ausschliesslichen Kompetenz des kantonalen Planungsamtes konnte einzig bei der vorgängigen Unterschutzstellung der betreffenden Liegenschaft (durch den Einbezug in das Ortsbild von nationaler Bedeutung) gesprochen werden. Nachdem das Baugrundstück rechtskräftig in einer kantonalen Schutzzone liegt, haben über die Bewilligungsfähigkeit des auch in einer kommunalen Kernzone liegenden Bauvorhabens das kantonale Planungsamt *und* die Gemeindebehörden je parallel zu entscheiden. Die Gemeinde H. hat bezüglich des fraglichen Bauvorhabens somit eine eigene Verfügungskompetenz, wenn auch nicht eine ausschliessliche. Dazu kommt, dass zwischen den baurechtlichen und ortsbildschützerischen Aspekten der beiden Bewilligungsverfahren in aller Regel ein enger Sachzusammenhang besteht, und zwar namentlich, wenn Vorhaben mittels gestalterischen und sonstigen Auflagen eingepasst werden müssen. Die parallele Bewilligungskompetenz der kantonalen und kommunalen Behörden hat zur Folge, dass für beide eine Pflicht zur materiellen Koordination besteht. Dies ergibt sich ohne weiteres aus Art. 98 Abs. 1 BauG in Verbindung mit Art. 25a RPG. Deshalb tangiert die Erteilung der kantonalen Baubewilligung in der Ortsbildschutzzone von nationaler Bedeutung auch den Wirkungsbereich der Gemeinde, in deren Kernzone das Vorhaben realisiert werden soll. Weil sich dabei naturgemäss Bau- und Schutzinteressen entgegenstehen, kann sich zwischen Gemeinde und Kanton ein Interessengegensatz ergeben, wenn diese Interessen aus kommunaler Sicht anders als aus kantonaler Sicht gewichtet werden. Dies wird seitens der

Gemeinde H. geltend gemacht, wenn sie im Interesse einer in ihrem Dorfkern konsequenten Handhabung der Schutzbestimmungen Beschwerde führt. Die Gemeinde H. ist durch das Vorhaben in ihrer Kernzone offenkundig stärker in ihrem eigenen Aufgaben- und Interessensbereich betroffen, als irgend eine andere Gemeinde. Sie vertritt somit eigene öffentliche Interessen im Sinn von Art. 32 Abs. 2 VRPG, weshalb auf ihre Beschwerde einzutreten ist.

VGer 25.01.2006

2260

Unentgeltliche Rechtspflege. Voraussetzungen der unentgeltliche Rechtsverteidigung im sozialversicherungsrechtlichen Einspracheverfahren (Art. 37 Abs. 4 ATSG)

Sachverhalt:

Im Mai 2004 hatte sich F. wegen Rückenbeschwerden bei der IV-Stelle des Kantons Appenzell A.Rh. zum Bezuge von IV-Leistungen angemeldet. Nach diversen Abklärungen hat die IV-Stelle das Leistungsbegehren abgewiesen, weil der von den Ärzten festgestellte Gesundheitsschaden zu einem Invaliditätsgrad von lediglich 24% geführt hatte. Gegen diese Verfügung liess der Versicherte Einsprache erheben und den Antrag stellen, es seien ihm IV-Leistungen zuzusprechen und für das Einspracheverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren. Mit Entscheid vom 8. November 2006 hat die IV-Stelle die Einsprache von F. in Bezug auf die IV-Leistungen abgewiesen. Mit separater Verfügung gleichen Datums hat sie auch sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung abgewiesen.

In der Folge liess F. durch seinen Anwalt Beschwerde gegen den Einspracheentscheid und gegen die die unentgeltliche Rechtsverteidigung ablehnende Verfügung einreichen.

Aus den Erwägungen:

1. Wäre dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Verteidigung für das Einspracheverfahren bewilligt worden, hätte sich die Anwaltsentschädigung auf weit weniger als Fr. 8'000.-- belaufen. Gestützt auf Art. 47 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) ist daher der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts funktionell zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung vom 8. November 2006 zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

2. Nach Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der gesuchstellenden Person im Verwaltungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wenn die Verhältnisse dies erfordern. Das heisst zunächst, dass die allgemeinen Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sein müssen. Der Gesuchsteller muss somit prozessual bedürftig sein und seine Anträge dürfen weder mutwillig noch aussichtslos erscheinen (*U. Kieser*, ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 37 Rz. 21). Nach Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der prozessual bedürftigen gesuchstellenden Person im Verwaltungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zudem nur bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Im Verwaltungsverfahren, zu dem auch das Einspracheverfahren gehört (BGE 117 V 410), sind die Anforderungen an die Erforderlichkeit der unentgeltlichen Verteidigung höher als im Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht, wo die unentgeltliche Verteidigung schon gewährt wird, wo die Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f ATSG; *U. Kieser*, a.a.O., Art. 61 Rz. 88). Diese Unterscheidung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts deshalb sachgerecht, weil die IV-Stelle aufgrund der Offizialmaxime verpflichtet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen gründlich abzuklären. Aus diesem

Grunde drängt sich eine anwaltliche Vertretung im Verwaltungsverfahren nur in Ausnahmefällen auf (Urteil BGer I.746/06 vom 5.7.2006). Als erforderlich wurde die unentgeltliche Verbeiständung etwa betrachtet in Fällen, wo sich die versicherte Person mit mehreren Arztberichten und Gutachten und einem Abklärungsbericht Haushalt auseinandersetzen und zudem zum im Rahmen der gemischten Methode vorgenommenen Einkommensvergleich Stellung zu nehmen hatte; oder etwa, wo die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit sehr umstritten, die Einkommensberechnung in der Verfügung nicht nachvollziehbar und zudem weitere Einkommensbestandteile umstritten waren; oder ferner in einem Fall, in welchem sich der Versicherte während Jahren wiederholt und erfolglos an die Verwaltung gewandt hatte, ohne dass für die ausserordentlich lange Verzögerung fallbezogene Gründe ersichtlich gewesen wären (Urteil BGer I.746/06, E. 3.2). Für die Erforderlichkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Verwaltungsverfahren (wozu auch das Einspracheverfahren gehört) werden somit qualifizierende besondere Umstände verlangt.

3. Zur Begründung des geltend gemachten Anspruches auf unentgeltliche Verbeiständung im Einspracheverfahren liess der Gesuchsteller auf die Komplexität des Falles, seine mangelnden sprachlichen und seine höchstens durchschnittlichen intellektuellen Fähigkeiten hinweisen, die ihn nicht in die Lage versetzen würden, seine Interessen angemessen wahrzunehmen. Aufgrund der vielen Parameter, die bei der Berechnung des IV-Grades eine Rolle spielten und über die Ausrichtung einer IV-Rente entscheiden würden, seien bereits für einen gewöhnlichen, durchschnittlichen Versicherten die Mechanismen, die schliesslich zum Entscheid führten, nicht mehr zu durchschauen, geschweige denn in der exakten Höhe überprüfbar. Umso mehr sei ein relativ schlecht Deutsch sprechender und wohl höchstens durchschnittlich intelligenter Ausländer, wie der Beschwerdeführer, von der Komplexität solcher Entscheidungen überfordert. Um eine Rentenverfügung überhaupt anfechten zu können, müsse der Versicherte jedoch zuerst die Grundlagen verstehen. Dass IV-Gradberechnungen auch für die IV-Stelle generell nicht ganz einfach seien, zeige im Übrigen die im Ergebnis teilweise Gutheissung der Einsprache und die daraus folgende Erhöhung des IV-Grades im Rahmen des Einspracheverfahrens. Trotz des von der Vorinstanz angeführten Untersuchungsgrundsatzes gehe es in derartigen Fällen nicht in erster Linie um den Sachverhalt, wozu der Versicherte allenfalls noch hätte beitragen können, sondern um die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts im Rahmen der vielfältigen Vorgaben.

4. Diese vom Beschwerdeführer vorgebrachte Begründung ist nicht stichhaltig. Es mag zwar zutreffen, dass einem durchschnittlichen Versicherten vertiefte Kenntnisse des Invalidenversicherungsrechts in der Regel abgehen. Daraus aber zu folgern, dass in solchen Fällen eine anwaltliche Vertretung (bereits im Einspracheverfahren) erforderlich sei, geht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu weit. Diese Ansicht würde nämlich darauf hinauslaufen, in praktisch allen oder den meisten Einspracheverfahren die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung zu bejahen oder diese unter den gleichen Voraussetzungen wie im gerichtlichen Beschwerdeverfahren zu gewähren. Das aber stünde im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung, wonach die Anforderungen an die unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren höher anzusetzen sind als im Gerichtsverfahren (Urteil I.746/06 E. 3.1). Wie oben gezeigt, ist die anwaltliche Vertretung im Einspracheverfahren nur in Ausnahmefällen erforderlich.

Ein solcher Ausnahmefall lag im Einspracheverfahren des Beschwerdeführers nicht vor. Nach seiner Anmeldung bei der IV-Stelle im Mai 2004 hat diese die üblichen Abklärungen beim früheren Arbeitgeber und beim Hausarzt getroffen. Dann hat sie ein orthopädisches Gutachten eingeholt, berufliche Massnahmen in Form einer Arbeitsvermittlung gewährt und nach deren Scheitern, die Rentenfrage geprüft und den IV-Grad berechnet. Von einem komplexen Fall, der in medizinischer oder in sonst einer Hinsicht besondere Schwierigkeiten aufwies, kann daher keine Rede sein. Würde hier die Erforderlichkeit einer anwaltlichen Verbeiständung bejaht, wäre kaum mehr ein Fall denkbar, in welchem diese verweigert werden könnte. Ein solches Ergebnis stünde aber im klaren Widerspruch zu der vom Gesetzgeber gewollten Rechtslage, wonach die Anforderungen an die Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung im Einspracheverfahren klar höher anzusetzen sind als jene im gerichtlichen Verfahren. Die Beschwerde von F. erscheint daher unbegründet und wird abgewiesen.

Anzumerken bleibt, dass dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung im gerichtlichen Verfahren gewährt worden ist.

VGP 02.03.2007

2261

Zustellung an Adressaten im Ausland, wenn für die Schweiz kein Zustellungsdomizil und kein Vertreter bezeichnet wurde oder bekannt ist.

Über eine im Handelsregister des Kantons Appenzell A.Rh. eingetragene Gesellschaft wurde am 16. August 2002 der Konkurs eröffnet. Mit Schadenersatzverfügung vom 7. April 2004 versuchte eine Verbandsausgleichskasse den Gesellschafter und Geschäftsführer B. erstmals zur Leistung von Schadenersatz nach Art. 52 AHVG (SR 831.10) zu verpflichten. Die Eröffnung dieser Verfügung scheiterte jedoch mehrfach infolge Auslandabwesenheit des Adressaten.

Aus den Erwägungen:

2. (...) Die somit jedenfalls anwendbare zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG begann erst am 4. Februar 2003 zu laufen und endigte, ohne Unterbrechungshandlungen, am 5. Februar 2005. Somit ist entscheidend, ob es der Verbandsausgleichskasse gelungen ist, die vom 7. April 2004 datierende Schadenersatzverfügung noch vor dem Fristende in dieser Zeit dem sich in Spanien aufhaltenden Beschwerdeführer gültig zu eröffnen.

3. Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer frühestens ab dem 1.1.2005 wieder Wohnsitz in der Schweiz begründet hat. Die von der Vorinstanz zuvor (ab dem 7.4.2004) versuchten drei Zustellungen erfolgten alle auf direktem Weg mittels Postzustellung nach Spanien.

3.1 Solche Zustellungen auf dem Postweg direkt ins Hoheitsgebiet eines anderen Staates sind völkerrechtlich nur gestützt auf einer für das betreffende Rechtsgebiet gültigen staatsvertraglichen Grundlage zulässig. Während in Zivil- und Handelssachen sowie Strafsachen umfangreiche multilaterale oder bilaterale Verträge bestehen, in die auch die Schweiz eingebunden ist, so sucht man in Verwaltungssachen meist erfolglos nach einer entsprechenden Norm (vgl. *J. Stadelwieser*, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. HSG St. Gallen 1994, S. 208 ff.). Eine solche Grundlage besteht, soweit ersichtlich, auch heute nicht - auch nicht spezifisch für den Bereich der Rechtshilfe in Sozialversicherungssachen. Dass die Vorinstanz ihre drei Zustellungen gestützt auf eine solche Grundlage mit Spanien vorgenommen hätte, wird auch seitens der Vorinstanz nicht behauptet oder dargetan.

Existieren keine anwendbaren staatsvertraglichen Regelungen, so dürfen Verfügungen weder per Post noch durch akkreditierte Vertreter direkt dem Adressaten zugestellt werden (dieser Weg steht allein für die Zustellung formloser Mitteilungen ohne Rechtswirkung offen, vgl. *Stadelwieser*, a.a.O., S. 212, auch zum Folgenden). Unter solchen Umständen verbleibt der Behörde als einzig gangbarer Weg die Zustellung der Verfügung auf diplomatischem Weg. Erst wenn eine Verfügung auch auf diplomatischem Weg nicht zugestellt werden kann, gelangen die entsprechenden eidgenössischen oder kantonalen Zustellungsregeln zur Anwendung. Für den vorliegend interessierenden Zeitpunkt und Sozialversicherungsbereich ist Art. 36 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) massgebend (vgl. *U. Kieser*, ATSG-Kommentar, N 21 zu Art. 29 und N 9 zu Art. 55). Demnach kann die Behörde ihre Verfügung durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen, wenn die Zustellung am Aufenthaltsort unmöglich ist und die Partei, die sich im Ausland aufhält, keinen erreichbaren

Vertreter bezeichnet hat (für das kantonale Recht vgl. Art. 17 und Art. 16 Abs. 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG; bGS 143.1).

Dass die Vorinstanz je den Versuch unternommen hätte, den Beschwerdeführer zur Bezeichnung einer Zustelladresse oder eines Vertreters in der Schweiz anzuhalten, und dass ihm die Schadenersatzverfügung vom 7. April 2004 dann auf diesem Weg zugestellt worden wäre, ist nicht aktenkundig. Dass die Vorinstanz eine Zustellung auf diplomatischem Weg versucht hätte und dass nach dessen Scheitern allenfalls auch eine Eröffnung durch Publikation versucht wurde, ist ebenfalls nicht aktenkundig. Somit ergibt sich, dass jedenfalls die drei direkt auf dem Postweg nach Spanien erfolgten Zustellversuche keinerlei Rechtswirkung entfalten konnten. Weil während des Aufenthaltes des Beschwerdeführers in Spanien keine der anderen, als solche zulässigen Zustellungsarten versucht wurden, steht fest, dass bis zur Rückkehr in die Schweiz (am 1.1.2005) mangels rechtsgültiger Eröffnung weder die Rechtsmittelfrist ausgelöst noch die Verjährung unterbrochen wurde. Daran ändert auch nichts, dass dem Beschwerdeführer die zweite Zustellung nach Spanien telefonisch angekündigt worden sein soll, und er deshalb mit dieser Zustellung habe rechnen müssen. Abgesehen davon, dass die Vorinstanz diese Mitteilung nicht beweisen kann, verkennt sie, dass diese Ankündigung selbst gegebenenfalls nichts daran ändern konnte, dass die direkte Zustellung der Verfügung ins Ausland als solche rechtswidrig war und keine Rechtswirkung entfalten konnte. Die behördliche Ankündigung selber war nur insofern zulässig, als auch dieser keine Rechtswirkung zukam; daher könnte der telefonischen Mitteilung gegebenenfalls nicht einmal verjährungsunterbrechende Wirkung zugeschrieben werden.

3.2 Nicht zu beanstanden ist die (vierte) Zustellung, welche am 13. April 2005 per Einschreiben an die neue Postadresse des Beschwerdeführers in der Schweiz erfolgte. Erst damit wurde die Schadenersatzverfügung vom 7. April 2004 rechtsgültig eröffnet. Weil die zweijährige Verjährungsfrist nach dem oben Gesagten jedoch bereits am 5. Februar 2005 geendet hat, konnte damit die Verjährung weder unterbrochen noch die Frist gewahrt werden. Weil für die fragliche Zeit auch keine anderen Unterbrechungshandlungen dargetan oder ersichtlich sind, erweist sich die Schadenersatzforderung als verjährt. Aus diesem Grund ist die Beschwerde gutzuheissen.

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die materiellen Voraussetzungen einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG gegeben sind.

VGer 13.12.2006

2262

Verfahren. Wenn das zuständige Departement einem Bauvorhaben die Bewilligung aus ästhetischen Gründen verweigert, so kann das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 40 in Verbindung mit Art. 59 VRPG den Bauabschlag aus einem anderen Grund bestätigen, und zwar auch dann, wenn das Gericht die Erschliessung und den Standort einer zentralen Parkierungsanlage abweichend vom Departement und von der kommunalen Baukommission als quartierplanwidrig beurteilt. Im Beschwerdeverfahren ist das Verwaltungsgericht grundsätzlich nicht an die Anträge der Parteien gebunden.

Aus den Erwägungen:

3.4 Muss das Bauvorhaben (sechs Mehrfamilienhäuser mit Tiefgaragen) hinsichtlich des quartierplanwidrig gewählten Standortes der zentralen Parkierungsanlage und deren Zufahrt korrigiert werden, steht bereits fest, dass die Vorinstanz dem Gesamtprojekt im Ergebnis zu Recht die Bewilligung versagt hat. Damit steht fest, dass die Beschwerde abzuweisen ist und die festgestellte Planwidrigkeit nicht mit einer Auflage behoben werden kann.

4. Ob dem Vorhaben auch die weiteren, von der Vorinstanz und den Beschwerdegegnern angeführten und von der Beschwerdeführerin bestrittenen Bauhindernisse entgegenstehen, kann offen bleiben, weil die Behebung der oben festgestellten Planwidrigkeit jedenfalls eine wesentliche Überarbeitung des Projektes bedingt. Diese Überarbeitung wird mit grosser Wahrscheinlichkeit auch den aus Gründen der Einordnung umstrittenen Standort der beiden Häuser 3 und 4 im oberen Hangbereich zur Krete hin tangieren. Muss nämlich die Parkierungsanlage und deren Zufahrt an den südlichen Hangfuss im Teilgebiet F verlegt werden, gilt es bezüglich der Lage der Häuser 3 und 4 folgendes zu beachten:

4.1 Art. 6 Abs. 1 der Sonderbauvorschriften (SBV) bestimmt, dass die zentralen Parkierungsanlagen derart anzuordnen sind, dass sie abgestimmt auf das Überbauungskonzept mit geringstmöglichem Erschliessungsaufwand realisierbar sind. Diese Vorschrift bedingt, dass ab dem Kreuzungspunkt mit der Südschleife der Steinwischlenstrasse mit einer möglichst kurzen Einfahrt in die zentrale Parkierungsanlage einzufahren ist. Ferner bestimmt Art. 6 Abs. 1 SBV, dass die Distanz zwischen der einzelnen Wohnung und dem zugehörigen Parkplatz in der Regel nicht mehr als 80 m betragen darf. Diese Vorschrift wird voraussichtlich nur eingehalten werden können, wenn die Häuser 3 und 4 der Parkierungsanlage folgend ebenfalls Richtung Hangfuss verschoben werden. Dadurch könnte sich die von der Vorinstanz als planwidrig beurteilte "Mauerbildung" zumindest entschärfen. Die Frage einer hinreichenden Einpassung ins Orts- und Landschaftsbild (Art. 1 Abs. 1 SBV) dürfte sich deshalb mit der nun zwingend erforderlichen Verlegung der zentralen Parkierungsanlage nach Süden hin wenn nicht erledigen, so doch zumindest entschärfen und jedenfalls anders als gemäss dem vorliegend umstrittenen Projekt stellen. Die Klärung der Einordnungsfrage kann deshalb im vorliegenden Verfahren noch offengelassen werden. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Vorinstanz es bislang unterlassen hat, ihren architektonischen Sachverstand voraussetzenden Entscheid erkennbar und unter Wahrung der Gehörsansprüche der Parteien auf einen Amtsbericht einer kantonalen Fachbehörde oder ein Fachgutachten eines Dritten abzustützen. Soweit aus den Akten erkennbar, hat nämlich auch am Augenschein kein entsprechender Fachmann teilgenommen, so dass in der Tat nicht nachvollziehbar ist, wer und in welcher Form sich seitens des Departementes Bau und Umwelt oder extern zur Einpassungsfrage geäussert haben könnte. Die Beschwerdeführerin lässt deshalb durchaus zu Recht die Einholung eines Fachgutachtens durch das Gericht beantragen, wobei sie zutreffend davon auszugehen scheint, dass allein auf das von ihr bei Z. eingeholte Fachgutachten als ein Parteigutachten kein Urteil gefällt werden könnte. Da das als Gesamtprojekt eingereichte Vorhaben nun ohnehin wesentlich überarbeitet werden muss, erübrigt sich im vorliegenden Verfahren die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens. Das überarbeitete Projekt wird nämlich erneut ein Auflage- und Einspracheverfahren zu durchlaufen haben (Art. 41 Bauverordnung; bGS 121.11), wobei es Aufgabe der mit voller Kognition erkennenden Vorinstanzen sein wird, den bislang fehlenden Amtsbericht oder ein externes Gutachten einzuholen. Einzig wenn sich die vorliegend umstrittene Frage der "Mauerbildung" bezüglich des überarbeiteten Projektes nicht mehr in gleicher Schärfe stellen sollte, könnte allenfalls auf die Einholung dieser Grundlagen verzichtet werden. Dies im künftigen Verfahren zu entscheiden, bleibt den damit erneut befassten Vorinstanzen vorbehalten. Für das vorliegende Verfahren steht damit nun aber fest, dass die umstrittene Einordnung der Bauten weder näher noch abschliessend geklärt werden muss.

4.2 Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde wegen des planwidrig gewählten Standortes der zentralen Parkierungsanlage und deren Zufahrt abgewiesen werden muss.

5. Einem solchen Ausgang des Verfahrens liess die Bauherrschaft als Beschwerdeführerin an Schranken in formeller Hinsicht entgegenhalten, dass vor Verwaltungsgericht nur noch die Erschliessung des Hauses 5, nicht jedoch die Erschliessung der Häuser 3 und 4 Gegenstand des Verfahrens sein könne. Die Vorinstanz habe nämlich den Rekurs hinsichtlich der Erschliessung der Häuser 3 und 4 abgewiesen und lediglich bezüglich des Hauses 5 gutgeheissen. In der Folge habe sie selber den Entscheid nun nur noch bezüglich der Erschliessung des Hauses 5 angefochten, und auch der Beschwerdegegner habe lediglich noch Abweisung ihrer Beschwerde beantragt. Das Verbot einer reformatio in peius sei deshalb

verletzt, wenn die Frage der Erschliessung der Häuser 3 und 4 noch näher geprüft werde und diesbezüglich zu seinen Ungunsten entschieden werde.

Diese Vorbringen belegen, dass die Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit, dass das Verfahren diesen Ausgang nehmen könnte, hingewiesen wurde und dass sie die Möglichkeit genutzt hat, hiezu Gegenbemerkungen vorzutragen. Ihre Gehörsansprüche sind damit gewahrt.

Sodann übersieht die Beschwerdeführerin, dass im hiesigen Kanton, welcher anders als etwa der Kanton Zürich keine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit kennt (keine Baurekurskommission, nur Verwaltungsgericht), die Möglichkeit einer reformatio in peius nicht auf eine erste gerichtliche Instanz beschränkt werden konnte, sondern im Beschwerdeverfahren dem Verwaltungsgericht ausdrücklich eingeräumt wurde. Art. 59 VRPG bestimmt, dass soweit besondere Bestimmungen fehlen, für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde u.a. die Vorschriften über den Rekurs (Art. 30-41) sinngemäss anwendbar sind, und Art. 58 Abs. 2 VRPG stipuliert eine Bindung an die Anträge der Parteien nur für das Klageverfahren. Daraus folgt ohne weiteres, dass Art. 40 VRPG im Beschwerdeverfahren anwendbar ist. Gestützt auf diese Bestimmung kann deshalb auch das Verwaltungsgericht zugunsten, aber ausdrücklich auch zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei über deren Rechtsbegehren hinausgehen, wenn dies wichtige öffentliche Interessen erfordern und die betroffene Partei, wie vorliegend geschehen, vorgängig auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht wurde. Dass vorliegend ein gewichtiges öffentliches Interesse für eine reformatio in peius bzw. an einer im Teilgebiet F plankonform angeordneten zentralen Parkierungsanlage und ihrer Zufahrt besteht, ergibt sich daraus, dass so eine verkehrsunabhängige Führung der Fusswege und im Ergebnis auch eine gute Einordnung der damit erschlossenen Bauten möglichst am Hangfuss erreicht werden kann.

Dazu kommt, dass die nunmehr vollständigen Vorakten ohnehin belegen, dass es sich bei der Frage, ob auch die Häuser 3 und 4 durch eine plankonform angeordnete Parkierungsanlage erschlossen sind, weder um ein Novum handelt noch resultiert daraus überhaupt eine eigentliche reformatio in peius. Die Frage der plankonformen Erschliessung auch der Häuser 3 und 4 war, wie die Rekurseingabe der Beschwerdegegner belegt, schon bei der Vorinstanz streitig. Wird nun aus diesem Grund dem Bauvorhaben im Ergebnis erneut die Bewilligung versagt, wird damit nicht über die von den Parteien gestellten Anträge hinaus der angefochtene Entscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerin abgeändert. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Beschwerdegegner immer schon die Verweigerung der Baubewilligung beantragt haben, weshalb der durch die Anträge aller Parteien bestimmte Streitgegenstand dadurch keineswegs überschritten wird. Daran ändert nichts, dass die Gerichtsleitung aufgrund der zunächst noch unvollständigen Vorakten annehmen musste, der Beschwerdeführerin werde voraussichtlich eine reformatio in peius drohen. Die Beschwerdeführerin übersieht ferner, dass es sich vorliegend durch die Verfahrensbeteiligung der Beschwerdegegner um ein sog. Mehrparteienverfahren handelt, bei dem selbst eine reformatio in peius auch ohne gesetzliche Grundlage als zulässig erachtet wird (vgl. C. Auer, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Maximen, Bern 1997, S. 54). Nachdem dafür eine gesetzliche Grundlage für das Verfahren vor der verwaltungsinternen Rekursinstanz (Art. 40 VRPG) und durch Verweisung auch für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht besteht (Art. 59), und eine eigentliche reformatio in peius nun letztlich nicht gegeben ist, erweist sich die Beschwerde auch insofern als unbegründet. Die Beschwerde kann und muss deshalb aus dem genannten materiellen Grund abgewiesen werden.

VGer 28.06.2006

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (1P.726/2006). Es hielt fest, dass die Häuser 3 und 4 beim Departement hinsichtlich der Ästhetik beanstandet wurden und zur Überbauung gehören, für welche das Departement das Baugesuch abwies. Damit liege ein hinreichender Sachzusammenhang vor, so dass das Verwaltungsgericht die Erschliessung der beiden Häuser beurteilen durfte. Weil die Beschwerdeführerin sich beim Verwaltungsgericht über die drohende nachteilige Beurteilung der Erschliessung dieser Häuser habe äussern können, sei dieses

gemäss kantonalem Verfahrensrecht befugt gewesen, diese abweichend vom Departement zu beurteilen.

2263

Bauen ausserhalb der Bauzonen. Zur Zulässigkeit und Anrechenbarkeit eines freistehend geplanten Autounterstandes (Carport) an die bereits zonenfremd genutzten Flächen.

Ein Wohnhaus mit angebautem Ökonomieteil war bis etwa 1946 Teil eines Landwirtschaftsbetriebes. Danach wurde der Wohnteil als Ferienhaus umgenutzt (auf einer Bruttogeschossfläche Wohnen von 294m²). Der Ökonomieteil wurde vom Ferienhaus als Abstellfläche genutzt. Nach einem Eigentümerwechsel wurde der Wohnteil in Etappen saniert, wobei teilweise Bruttogeschossfläche Wohnen (BGF W) in Nebenflächen umgewandelt wurden. Der Ökonomieteil wurde gleichzeitig abgebrochen und für Wohnzwecke wiederaufgebaut, wobei dies in Anrechnung auch der im Wohntrakt aufgegebenen BGF W geschah. Das Planungsamt hielt in einer 2003 in Rechtskraft erwachsenen Baubewilligung fest, dass das gesetzlich zulässige Höchstmass für eine Erweiterung von insgesamt 100 m² nun vollständig ausgeschöpft sei (ferner wurde vermerkt, dass die Gesuchsteller auf den ursprünglich noch vorgesehenen freistehenden Carport verzichtet haben). Nach Abschluss der bewilligten Erweiterung stellten die Eigentümer im Jahre 2004 erneut das Gesuch, es sei ihnen ein überdachter, dreiseitig geschlossener Autounterstand (Carport) für zwei Fahrzeuge als freistehende Baute mit Flachdach zu bewilligen.

Aus den Erwägungen:

3. Auf den 1. Januar 2004 wurde das neue kantonale Gesetz über die Raumplanung und das Baurecht (BauG; bGS 721.1) in Kraft gesetzt, welches in Art. 120 für landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen in landwirtschaftlichen Wohnbauten Art. 24d RPG als anwendbar erklärt (Bundesgesetz über die Raumplanung; SR 700). Sowohl bei Bauten nach Art. 24c RPG als auch bei Bauten nach dem seither anwendbaren Art. 24d RPG sind Erweiterungen nur in den Grenzen von Art. 42 Abs. 3 lit. a und b der Raumplanungsverordnung (RPV, SR 700.1) zulässig (in Verbindung mit Art. 42a Abs. 3 RPV). Für das mit Baugesuch vom 14. September 2004 eingeleitete Verfahren betreffend den Carport kann deshalb offen bleiben, ob es sich beim angestammten Hauptgebäude mit angebauten Ökonomieteil um eine 1972 durch Rechtsänderung zonenwidrig gewordene Baute handelt (Art. 24c RPG) oder ob dessen Zonenwidrigkeit durch eine erst nach 1972 erfolgte Aufgabe des früheren Landwirtschaftsbetriebes entstanden ist (Baute gemäss Art. 24d RPG; zur Unterscheidung vgl. *Peter Karlen*, Die Ausnahmegewilligung nach Art. 24-24d RPG, System der neuen Regelung, in ZBI 102/2001, S. 291/296 ff.). Weil nun so oder anders die strittige Erweiterung nur, aber immerhin, innert der Grenzen von Art. 42 Abs. 3 RPV möglich ist, kann offen bleiben, ob die landwirtschaftliche Nutzung namentlich des angebauten Ökonomieteils tatsächlich erst nach 1972 vollständig aufgegeben wurde, wie dies die Beschwerdeführer geltend machen (vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Raumentwicklung zu Art. 42a RPV, vom 23. August 2004, fortan ARE-Erläuterungen zu 42a RPV, S. 2). Ob die Voraussetzungen für eine Erweiterung nach Art. 42 Abs. 3 lit. a und b RPV vorliegend gegeben sind, ist im folgenden zu prüfen. Die Frage nach dem genauen Zeitpunkt der Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung könnte sich zwar in anderem Zusammenhang wieder stellen, nämlich bei der gegebenenfalls erforderlichen Mitwürdigung des als unzulässig gerügten, jedoch rechtskräftig bewilligten Wiederaufbaus des ehemaligen Ökonomieteils (anders als bei Bauten nach Art. 24c RPG und 42 Abs. 4 RPV ist der Wiederaufbau von Bauten im Anwendungsbereich von Art. 24d RPG nicht generell, sondern nach Art. 42a Abs. 3 RPV nur nach Zerstörung durch höhere Gewalt zulässig). Diese Frage kann indessen deshalb offen bleiben, weil sich im Folgenden ergibt, dass der Carport die

Grenzen von Art. 42 Abs. 1 und 3 RPV schon aufgrund der sonstigen Umstände (hinsichtlich der Flächenerweiterung und der Identität) sprengt.

3.1 Nach Art. 24 Abs. 2 aRPG (Fassung des RPG, welche bis 31.8.2000 in Kraft war) konnte das kantonale Recht gestatten, Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone zu erneuern, teilweise zu ändern oder wieder aufzubauen, wenn dies mit wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar war. Der Begriff der teilweisen Änderung konnte als bundesrechtlicher Begriff durch das kantonale Recht nicht erweitert werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 2 aRPG konnte eine zulässige Änderung sowohl in einer Vergrösserung oder inneren Umgestaltung als auch in einer Zweckänderung bestehen. Sie war als teilweise zu betrachten, soweit hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung sowie Zweckbestimmung die Wesengleichheit der Baute gewahrt wurde und keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung und Umwelt geschaffen wurden. Die Änderung durfte nur von untergeordneter Natur sein. Art. 24 Abs. 2a RPG umfasste auch Nutzungsänderungen, die keine baulichen Vorkehrungen erforderten, wenn die Änderungen erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung hatten. Entscheidend waren nicht einzelne Merkmale, sondern alle raumwirksamen Elemente im Zusammenwirken. Eine Erweiterung war in der Regel nicht mehr nach Art. 24 Abs. 2a RPG zulässig, wenn die nutzbare Fläche und Kubatur um einen Drittel oder mehr zunahm. Dabei war auf die realen, nach den gesamten Umständen objektiv nutzbaren Flächen und Rauminhalte abzustellen. Die Möglichkeit, zonenwidrige Bauten teilweise zu ändern, durfte nur einmal ausgeschöpft werden (Urteil des Bundesgerichts 1A.78/2004 vom 16. Juli 2004, E. 2.2 mit Hinweisen).

Nach Art. 24c RPG können bestimmungsgemäss nutzbare, aber zonenfremde Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone weiterhin teilweise geändert oder massvoll erweitert werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind; in jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten. Die Zulässigkeit einer teilweisen Änderung oder massvollen Erweiterung ergibt sich damit nun unmittelbar aus dem Bundesrecht. Der Begriff der teilweisen Änderung ist als solcher durch die Gesetzesrevision nicht verändert worden. Inhaltlich entspricht die neue Bestimmung grundsätzlich der bisherigen, hievon dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 2a RPG. Mit Art. 41 und 42 RPV hat der Bundesrat nun jedoch die zulässigen Änderungen im Sinn von Art. 24c Abs. 2 RPG konkretisiert (BGE 127 II 215, E. 3.b). Nach Art. 42 Abs. 1 RPV sind Änderungen zulässig, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Verbesserungen gestalterischer Art sind zulässig. Ob die Identität der Baute im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist gemäss Abs. 3 unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Sie ist jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn die zonenwidrig genutzte Fläche um mehr als 30 Prozent erweitert wird, wobei Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nur zur Hälfte angerechnet werden (lit. a) oder wenn die zonenwidrig genutzte Fläche innerhalb oder ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens um insgesamt mehr als 100m² erweitert wird (lit. b).

3.2 Dass im fraglichen Wohn- und angebauten ehemaligen Ökonomie teil zumindest das nach Art. 42 Abs. 3 lit. b RPV zulässige Erweiterungsmass von 100m² bereits ausgeschöpft wurde, ist zu Recht nicht bestritten und ergibt sich zweifelsfrei aus der rechtskräftigen Baubewilligung von 16. Dezember 2003. Das Planungsamt stellte damals zutreffend fest, dass ausgehend von einer als bestehend erkannten anrechenbaren Bruttogeschossfläche Wohnen (BGF W) von 294m² nunmehr in den beiden Gebäudeteilen eine Erweiterung der BGF W um 89m² auf insgesamt 383 m² BGF W bewilligt werde; es hielt ferner zutreffend fest, dass die Nebennutzflächen im Kellergeschoss um zusätzlich 11m² erweitert werden. In der ARE-Vollzugshilfe ist zur Berechnung der Vergleichsflächen in Ziff. 3.3.1 festgehalten, dass bei der Berechnung der 100m² auch die Flächen innerhalb des bestehenden Gebäudes voll anzurechnen sind und ferner, dass dabei die anrechenbaren BGF und die Nebenflächen zusammen um nicht mehr als 100m² erweitert werden dürfen. Davon geht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus (Urteil des BGer vom 16. Juli 2004, 1A.78/2004, E. 3.2, betreffend u.a. einen Holzschopf mit Überdachung WC-Zugang und Überdachung einer Feuerstelle). Diesem Urteil ist hinsichtlich der Anrechenbarkeit als Nutzfläche auch zu entnehmen, dass einerseits Nebenräume, die mit der zonenfremd genutzten Wohnung baulich

und funktional in enger Verbindung stehen, als bestehende Nebenflächen zu berücksichtigen sind. Umgekehrt geht das Bundesgericht entsprechend der ARE-Vollzugshilfe (Ziff. 3.3.2) davon aus, dass neu zu erstellende Nutzflächen entweder der anrechenbaren BGF oder den Nebenflächen zuzurechnen sind, und zwar selbst dann, wenn sie nach den Angaben des Gesuchstellers ungenutzt bleiben sollen. Im konkreten Fall hat das Bundesgericht die Anrechnung eines Holzschopfes bei der Nebenflächenberechnung bestätigt, welche vom Gesuchsteller lediglich als überdachte Holzbeige bezeichnet wurde (E. 3.4). Zudem bezeichnete das Bundesgericht die Praxis, frei auskragende Vordächer bis zu einer Ausladung von 1.5m nicht, und im Gegensatz dazu, abgestützte Vordächer im Bereich bis und mit den Stützen an die Nutzfläche (BNF) anzurechnen, als nicht bundesrechtswidrig und im Einklang mit der ARE-Vollzugshilfe (E. 3.3).

3.3 Obwohl vorliegend das maximale Erweiterungsmass von 100m² schon innerhalb des vorbestehenden Gebäudes ausgeschöpft wurde, hat die Vorinstanz den freistehend, auf alle vier Seiten hin abgestützten, jedoch nur auf drei bzw. nach dem geänderten Gesuch nunmehr auf zwei Seiten hin mit Wänden geschlossenen Carport bewilligt, und zwar mit der Begründung, gemäss Ziff. 3.3.2 Punkt 6 der ARE-Vollzugshilfe müsse ein neu geschaffener offener Autounterstand nicht an die Flächen in Art. 42 Abs. 3 lit. a und b RPV angerechnet werden.

Dem kann namentlich in Bezug auf lit. b dieser Bestimmung nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz übersieht nach dem Gesagten, dass neu zu erstellende Nutzflächen immer entweder als BGF oder zumindest als Nebenflächen an die maximal zulässigen 100m² anzurechnen sind (dass es sich im Carport teilweise um nicht nutzbaren Raum handeln soll, wie er in Dachschrägen mit einer lichten Höhe von weniger als 1m Höhe angenommen wird [vgl. ARE-Vollzugshilfe, Anhang 1 und 2/Beispiel 4], wird zu Recht nicht behauptet). Nach Ziff. 3.3.2 Punkt 3 hätte eine Nichtanrechnung an die Grenzen nach Art. 42 Abs. 3 RPV zunächst allenfalls dann in Frage kommen können, wenn der angestammte Ökonomieteil für das Abstellen eigener Autos genutzt worden wäre und keine Erweiterung ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens erfolgen würde; letzteres ist beim freistehend geplanten Carport offenkundig nicht gegeben. Dazu kommt, dass eine Bewilligung nach Art. 24c RPG grundsätzlich einen körperlichen Zusammenhang zwischen dem angestammten Gebäude und dem Aus- oder Erweiterungsvorhaben erfordert. Davon kann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn eine unmittelbare bauliche Verbindung zwischen der bestehenden Baute und der Erweiterung nicht möglich ist, namentlich wenn Niveauunterschiede bzw. ein Terraingefälle eine freistehende Anordnung bedingen (ARE-Vollzugshilfe Anhang2/Beispiel 4 und Ziff. 3.3.2 Punkt 4). Dabei muss die Nebenanlage dem für das Gesuch massgeblichen Hauptbau ferner so zugeordnet werden, dass sie sinnvollerweise nur ihm dienen kann. Der Augenschein hat für den strittigen Carport ergeben, dass die Zufahrt zum Baugrundstück unterhalb des Carports weit steiler ist als sie danach, bis unmittelbar zum angestammte Gebäude wäre. Den im Recht liegenden alten Plangrundlagen lässt sich entnehmen, dass die Zufahrt bis zum Umbau von 2003 bis an den Wohn- und naturgemäss auch bis ans Scheunentor im ehemaligen Ökonomieteil heranreichte. Aufgrund dieser Ausgangslage wäre eine Garagierung im oder auch unmittelbar am bestehenden Gebäudevolumen namentlich im Bereich der Nordost- und Südostfassade ohne zusätzliche Zufahrt und auch ohne die behaupteten talseitigen Aufschüttungen möglich gewesen. Dem stehen und standen jedenfalls dort weder die Gefällsverhältnisse noch allfällige Niveauunterschiede entgegen. Dass der ehemalige Ökonomieteil nun bereits grösstenteils für reine Wohnzwecke umgenutzt wurde, haben die Eigentümer selber zu vertreten. Ihr etappenweises Vorgehen unter Verzicht auf zunächst noch geplante gedeckte Abstellplätze vermag objektiv betrachtet keine Ausnahme zu begründen. Eine Garagierung beispielsweise hinter dem ehemaligen Scheunentor wäre auch boden- und eigentumsrechtlich ohne weiteres möglich gewesen, wobei es ohnehin Sache der Bauherrschaft ist, sich die für ein Vorhaben jeweils nötigen Rechte zu verschaffen. Ein Grund für eine Ausnahme kann auch darin nicht erblickt werden. Auch die ARE-Vollzugshilfe enthält keinen Hinweis darauf, dass derart sachfremde Ausnahmegründe beachtlich wären.

Ist die Voraussetzung für eine ausnahmsweise freistehende Anordnung des Carports nicht gegeben, kann offen bleiben, ob der gewählte Standort dem Hauptgebäude auch hinreichend zugeordnet wäre. Entscheidend ist ohnehin, dass selbst bei durchwegs gegebenen

Voraussetzungen eine freistehende Garage zumindest als Nebenfläche anzurechnen ist (vgl. vorgenanntes Beispiel 4). Dass es sich vorliegend um einen auf eine Seite (bzw. gemäss Antrag der Beschwerdegegner nunmehr auf zwei Seiten) hin offenen Carport handelt, vermag an dessen Anrechenbarkeit als Nebenfläche nichts zu ändern. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid nämlich übersehen, dass die Erleichterung gemäss Punkt 6 in Ziff. 3.3.2 der ARE-Vollzugshilfe ausdrücklich nur unter Berücksichtigung des vorhergehenden Punktes 5 gewährt werden kann. Wohl sieht Punkt 6 vor, dass neu geschaffene, offene Bauteile (z.B. Balkon, offener Autounterstand, angebauter Sitzplatz usw.) nicht fix in den Flächenvergleich nach Art. 42 Abs. 3 lit. a und b RPV einzurechnen seien, aber auch diese offenen Bauteile dürfen die Identität der Bauteile nicht massgeblich verändern und können im Sinn des vorhergehenden Punktes 5 berücksichtigt werden. Nach der oben dazu zitierten Rechtsprechung - 1A.78/2004, E. 3.3 - sind überdachte offene Gebäudeteile wenigstens bis zu deren Dachabstützung als Nebenflächen an die maximal zulässigen 100m² Nutzfläche anzurechnen (so auch BGer 1A.42/2006 vom 6.6.2006, E. 2.6 für offene, aber überdachte Balkone). Dass seitlich offene Autounterstände zwar "nicht fix", aber jedenfalls bis zu den Stützen des Daches als Nebenflächen an die maximal zulässigen 100m² anzurechnen sind (das heisst ohne ein allfälliges Vordach, soweit dieses ein herkömmliches Mass von bis zu 1.5m nicht überschreitet), ergibt sich schon daraus, dass andernfalls ausserhalb der Bauzonen offene Autoeinstellhallen beliebiger Dimension erstellt werden könnten. Eine derartige Auslegung ist mit dem Normzweck von Art. 24c RPG offensichtlich nicht zu vereinbaren. Entsprechend ist der vorliegend ohne Vordach, jedoch überdacht geplante Carport auch rundum bis und mit den das Flachdach tragenden Elementen (Wände oder Stützen) an die maximal zulässige Nutzfläche von 100m² anzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob das Dach nun auf zwei oder drei Seiten hin auf Wandelementen oder im übrigen auf Stützen steht. An der Anrechenbarkeit ändert auch nichts, dass die damit überdachten Autoabstellflächen als reine Verkehrsflächen entweder vorbestanden haben oder seit 2003 mitbewilligt sein sollen; denn mit der Überdachung wird zusätzliches Gebäudevolumen und damit anrechenbare Nutzfläche geschaffen. Dass die reine Verkehrsfläche bereits 2003 angerechnet worden wäre, lässt sich der damaligen Baubewilligung nicht entnehmen. Dazu kommt, dass gemäss dem vorgenannten Punkt 5 in der ARE-Vollzugshilfe die rechnerischen Grenzen in Art. 42 Abs. 3 lit. a und b RPV auf der Annahme basieren, dass die Änderungen gegenüber dem massgeblichen Vergleichszustand vorwiegend in einer Erweiterung besteht. Werden (oder wurden vorgängig) weitere, unter dem Aspekt der Wesensgleichheit massgebliche Aspekte der Identität verändert, so ist demnach das Mass der zulässigen Erweiterung angemessen zu reduzieren. Eine solche Reduktion der Nutzfläche (als Kompensation) kann vorliegend nicht mehr realisiert werden, nachdem die maximal zulässige 100m²-Erweiterungsfläche bereits ohne den daran anrechenbaren Carport vollständig ausgeschöpft wurde und die Gesuchsteller zur Kompensation keinen Abbruch entsprechender Nutz- oder Nebenflächen im bestehenden Gebäudevolumen vorgesehen haben. Dazu kommt ferner, dass neben der reinen Erweiterung der Nutzfläche als weitere Aspekte, welche die Wesensgleichheit der Bauteile verändern, auch Volumenveränderungen, innerhalb des Gebäudes vorgenommene Nutzungsänderungen und Umbauten, Veränderungen des äusseren Erscheinungsbildes, Erweiterungen der Erschliessung, Komfortsteigerungen sowie gemessen am bisherigen Wert des Gebäudes hohe Umbaukosten zu berücksichtigen sind (vgl. Hinweis in Fn. 11 zu Punkt 5). Solche Aspekte, welche eine Reduktion der Erweiterungsfläche unter die bereits maximal realisierten 100m² spätestens in Verbindung mit dem geplanten Carport bedingen würden, sind mit den bis heute in Etappen vorgenommenen Änderungen und Umbauten in hohem Mass auch anderweitig am Gebäude realisiert worden: Wie dem Fassaden- und Grundrissplan vom Februar 1989 entnommen werden kann, wies der ehemalige Ökonomieteil noch bis ins Jahr 1989 äusserlich ablesbar einen landwirtschaftlichen Charakter auf (mit Scheunentor an der Südostfassade, einzig drei kleinen Stallfenstern auf der Nordwestfassade); zudem trat der Anbau noch beidseits nur mit einem Vollgeschoss in Erscheinung, wogegen das zweite Geschoss (soweit vorhanden) noch gänzlich und ohne Kniestock im Dachraum lag. Dazu kommt, dass der Nutzungszweck des ehemaligen Ökonomieteils weitgehend geändert wurde, auch wenn man davon ausgeht, dass dieser bereits vor 1972 dem Ferienhaus extensiv als Nebenraum gedient hat (als

Holzlager). Diese Nebennutzung wurde in Etappen ab 1989 und 2003 auch äusserlich ablesbar (neu mit Kniestock) auf zwei Vollgeschossen intensiviert und für reine Wohnzwecke zusätzlich befenstert. (...)

Auch die Erschliessung wird heute sehr wohl intensiver beansprucht, denn das Ferienheim für sozial benachteiligte Personen war früher kaum ganzjährig belegt, sondern wurde typischerweise nur saisonal genutzt. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass dessen Gäste (anders als die heutigen Bewohner) die steile Zufahrt (namentlich im Winter) - wenn überhaupt - nicht täglich mit dem PW befahren haben. Dass das auf 990m ü.M. gelegene Ferienheim mehr Schlafplätze aufwies als die heute dauerhaft bewohnten zwei Wohnungen, fällt daher kaum ins Gewicht. Der ehemalige Stall- und Scheunenteil wirkt heute mit seinen Fensterreihen trotz seines Leistenschirms als moderner Wohnanbau. Dass der im massgeblichen Zeitpunkt äusserlich noch als landwirtschaftlicher Anbau mit Satteldach, Scheunentor und Stallfenster in Erscheinung tretende ehemalige Ökonomieteil und der angestammte Wohnteil (mit Kreuzgiebel) nun zusätzlich mit einem freistehenden Carport mit modernem Flachdach ergänzt werden soll, sprengt nun vollends die Identität der angestammten Baute. Dass der angestammte Wohnteil immer schon als stattliches Gebäude und insofern nicht als herkömmliches Bauernhaus in Erscheinung trat, vermag daran nichts zu ändern. Denn dessen Gebäudevolumen bleibt uneingeschränkt erhalten; dazu kommt, dass der noch bis 1989 nur eingeschossig und äusserlich als bescheidener landwirtschaftlicher Scheunen- und Stallbau in Erscheinung tretende Anbau bereits in einen modernen, weit intensiver und neu mit einem Kniestock auf zwei Vollgeschossen nutzbaren Wohn(an)bau umgewandelt und zu einer eigenständigen Wohnung erweitert wurde. Käme nun neu noch ein freistehender Carport mit Flachdach hinzu, wäre die Wesensgleichheit der angestammten Baute mit ihrer ursprünglich bescheidenen Anbaute vollends nicht mehr gewahrt. Daran ändert nichts, dass der Carport nun nur noch auf zwei Seiten hin mit Wänden geschlossen werden soll. Weil spätestens mit dem freistehenden Carport die Grenze einer teilweisen Änderung der Baute und einer noch massvollen Erweiterung der Nutzflächen überschritten wird (Art. 42 Abs. 1 und 3 lit. b RPV), hätte die Vorinstanz dem Vorhaben die Bewilligung versagen müssen und muss dies nun auch für das erst im Beschwerdeverfahren modifizierte Vorhaben (mit zwei statt drei Seitenwänden) geschehen. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde des Heimatschutzes gutzuheissen.

3.4 Bei diesem Ergebnis könnte an sich offen bleiben, ob das Vorhaben auch mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung zu vereinbaren wäre (Art. 24c Abs. 2 RPG). Nachdem das Vorhaben jedoch die Grenzen nach Art. 42 Abs. 1 und 3 lit. b RPV sprengt, ist dies an sich schon deshalb zu verneinen. Im Übrigen kann kein öffentliches Interesse daran bestehen, die Identität der appenzellischen Streusiedlung ausserhalb der Bauzonen mit übermässig zonenfremd erweiterten Haupt- und Nebenbauten zu beeinträchtigen oder gar mit solcherart freistehend errichteten Nebenbauten zu verdichten. (...) Dass neue freistehende Nebenbauten zum Erhalt der appenzellischen Streusiedlung erforderlich wären, lässt sich insbesondere aus dem vorliegenden Fall nicht ableiten: Das ohnehin schon grosse Ausgangsvolumen im angestammten Wohnteil (294 m² BGF Wohnen) und der auch dafür durchaus grosszügige Bestand an Nebenflächen im ehemaligen Ökonomieteil hätte es auch ohne zusätzliche Nebenbaute (Carport) erlaubt, ein zeitgemässes Wohnen mit einer Garagierung im ehemaligen Ökonomieteil zu verbinden. Dass anstelle der neuerdings zwei Wohnungen dann allenfalls nur eine Haupt- und eine kleinere Einliegerwohnung möglich gewesen wären, hätte den Erhalt der Baute als Teil der Streusiedlung keinesfalls in Frage gestellt. Wenn sich die Eigentümer unter Ausschöpfung des maximal zulässigen Erweiterungsmasses nun primär für zwei Wohnungen entschieden haben, so haben sie das selber zu vertreten, und es besteht nun nachträglich keineswegs ein öffentliches Interesse, ihnen zusätzlich noch einen Carport zu bewilligen. Sie können diesbezüglich nicht besser gestellt werden, als derjenige, der in der Bauzone (zu weit höheren Bodenpreisen) das dort zulässige Ausnutzungsmass ausgeschöpft hat und nun nachträglich für eine Mehrausnutzung auch keine Ausnahmegewilligung erhalten kann (vgl. BGE 107 Ia 214; A. Zaugg, Kommentar zum BauG-BE, 2. Aufl., N. 4/5 zu Art. 26/27). Der Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet verlangt gerade ausserhalb der Bauzonen nach einer zurückhaltenden Ausnahmepaxis.

(Weil nach dem Gesagten fest stand, dass die Identität der angestammten Baute mit dem vorliegend einzig Gegenstand des Verfahrens bildenden Carport nicht mehr in den wesentlichen Zügen gewahrt wäre und deshalb die von der Vorinstanz gewährte Baubewilligung aufzuheben war, konnte auch offen bleiben, ob das in einer Landschaftsschutzzone mit Flachdach geplante Vorhaben den dort geltenden erhöhten Gestaltungsanforderungen genügt. Die Vorinstanz hatte zumindest übersehen, dass das Vorhaben nicht bloss den Anforderungen in Art. 112 BauG, sondern den erhöhten Anforderungen der Landschaftsschutzzone hätte genügen müssen (Art. 83 Abs. 2 und 3 BauG). Als Vergleichsmaßstab für eine demnach noch herkömmliche Bauart hätte vorab der abgebrochene Ökonomieteil herangezogen werden müssen und nicht der bereits wesentlich geänderte Wiederaufbau. Da die Vorinstanz bei den vor Verwaltungsgericht bislang hängig gewesenen Autounterständen regelmässig ein Satteldach verlangt hatte, war auch durchaus fraglich, ob sie dem freistehenden Carport mit Flachdach nicht auch aus gestalterischen Gründen die Bewilligung hätte versagen müssen. Eine Verbesserung gestalterischer Art im Sinn von Art. 42 Abs. 1 Satz 2 RPV konnte das Gericht in diesem Vorhaben jedenfalls nicht erblicken, nachdem der Wohnteil ein Kreuzgiebeldach und der ehemalige Ökonomieteil seit jeher und [als Wiederaufbau] weiterhin ein Satteldach aufweist, und der umstrittene Carport ein Flachdach aufweisen sollte).

4. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Dem modifizierten Carport mit nur zwei Seitenwänden ist die Bewilligung gestützt auf Art. 42 Abs. 1 und 3 lit. b RPV zu verweigern.

VGer 22.02.2006

2264

Handänderungssteuer. Tragweite der Steuerbefreiung nach Art. 237 Abs. 1 lit. e StG (Handänderung zufolge Erbgang).

Zwischen der Gemeinde und den Mitgliedern einer Erbengemeinschaft ist streitig, ob für das im Rahmen der Erbteilung innert zweier Jahre seit dem Tod des Erblassers an einen Miterben übertragene Grundstück eine Handänderungssteuer geschuldet ist, oder ob auch dieser Eigentumsübergang durch Art. 237 Abs. 1 lit. e StG als befreit zu gelten hat.

Aus den Erwägungen:

2. Mit dem neuen Steuergesetz (StG; bGS 621.11, in Kraft seit 1.1.2001) wurde das alte Gesetz über die Handänderungssteuer (HStG) aufgehoben, welches mit seinen lediglich vier Bestimmungen es noch weitgehend den Gemeinden überliess, die Ausgestaltung der Handänderungssteuer in einem allgemeinverbindlichen Erlass zu bestimmen. Mit dem neuen StG wurde das Recht der Handänderungssteuer erstmals vollständig ins Steuergesetz integriert und bis auf den Steuersatz (Art. 238 Abs. 1 StG) abschliessend kantonrechtlich geregelt. Gemäss Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat zum StG-Entwurf (vom 23. Februar 1999, fortan erläuternder Bericht, S. 60 zu Art. 225 lit. b) wurde die zunächst nur teilweise vorgesehene Harmonisierung erst aufgrund des Vernehmlassungsergebnisses zu einer Gesamtharmonisierung ausgebaut. Mit dieser Harmonisierung wurden der Steuertatbestand (Art. 234), das Steuersubjekt (Art. 235), die Steuerbemessungsregeln (Art. 236), die Aufzählung der Steuerbefreiungstatbestände (Art. 237) sowie das Steuerpfandrecht (Art. 239) für alle Gemeinden einheitlich und abschliessend bestimmt. Für Handänderungen wie die vorliegende, welche nach dem 1. Januar 2001 vollzogen werden, ist die Handänderungssteuer ausschliesslich nach den neuen kantonalen Regeln zu erheben (Art. 284 StG). Auf diesen Zeitpunkt hin gelten sowohl die den kantonalen Normen inhaltlich

widersprechenden als auch die damit übereinstimmenden Normen in den kommunalen Reglementen als durch das kantonale Recht materiell aufgehoben (vgl. unveröff. Urteil des VGer AR vom 22.6.2005 i.S. A. GmbH und dazu ergangenes Urteil des Bundesgerichts 2P.66/2006 vom 8. März 2006; demnach eröffnet Art. 238 Abs. 1 StG den Gemeinden nur noch die Möglichkeit, einen tieferen Einheitssatz als 2 Prozent zu bestimmen, wogegen ein nach Besitzesdauer abgestufter Steuersatz nicht mehr möglich ist).

2.1 Welche Verkehrsvorgänge der Handänderungssteuer unterliegen, bestimmt mit Art. 234 StG ausschliesslich das kantonale Recht, da diese indirekte Steuer nicht unter die Harmonisierungskompetenz des Bundes fällt (vgl. *Höhn/Waldburger*, Steuerrecht I, 8. Aufl., N. 3/Fn. 3 und N. 7 zu § 28). Art. 234 bezeichnet als Steuerobjekt einerseits Handänderungen an Grundstücken und die Übertragung von Anteilen an solchen. Dieser zivilrechtlichen Übertragung von Grundstücken gleichgestellt sind nach Art. 234 Abs. 1 andererseits auch die Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht an solchen (lit. a) sowie mit einer hier nicht interessierenden Einschränkung auch die Belastung eines Grundstückes mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (lit. b). Von dieser objektiven Steuerpflicht befreit Art. 237 StG eine abschliessend bestimmte Anzahl dieser Vorgänge als Ausnahmetatbestände.

2.2 Wird ein Grundstück vererbt, findet sowohl beim Übergang der Liegenschaft auf einen Alleinerben als auch beim Übergang auf eine Erbengemeinschaft durch Universalsukzession eine erste Handänderung statt. Anlässlich der Teilung kann das gleiche Grundstück durch die Erbengemeinschaft an einen Miterben oder an einen Dritten übertragen werden und damit sind je weitere Handänderungen verbunden. Alle diese Vorgänge haben nach Art. 234 Abs. 1 (Ingress) StG grundsätzlich je eine Handänderungssteuer zur Folge. Dass es sich bei der Übertragung eines Nachlassgrundstückes einer Erbengemeinschaft (welche dieses nach Art. 602 Abs. 2 ZGB von Gesetzes wegen zur gesamten Hand hält), auf einen der Miterben nicht um eine zivilrechtliche, sondern um eine wirtschaftliche Handänderung im Sinne von Art. 234 Abs. 1 lit. a handeln soll, ist fraglich (vgl. *Höhn/Waldburger*, a.a.O., N. 10 zu § 28), kann aber vorliegend offen bleiben, da nach Art. 234 Abs. 1 beide Verkehrsvorgänge grundsätzlich eine Handänderungssteuer zur Folge haben. Entscheidend ist jedoch, welche dieser erbrechtlich bedingten Handänderungen durch Art. 237 Abs. 1 lit. e StG als von der Handänderungssteuer befreit gelten.

3. Nach Art. 237 Abs. 1 lit. e StG sind Handänderungen zufolge Erbgangs von der Handänderungssteuer befreit, sofern der Grundbucheintrag innert zwei Jahren seit dem Tod der verstorbenen Person im Grundbuch eingetragen wird. Bezüglich dieser sprachlich etwas verunglückten Bestimmung ist vorab umstritten, was unter den Begriff Erbgang fällt. Dabei ist einerseits umstritten, was dieser Begriff rein zivilrechtlich bedeutet und welche Bedeutung ihm steuerrechtlich, allenfalls auch abweichend vom Zivilrecht beizumessen ist.

3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Gesetz in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (grammatikalische Auslegung). Wenn der Text nicht ganz klar ist und wenn mehrere Interpretationen möglich sind, muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, d.h. ihres Zusammenhanges mit anderen Gesetzesbestimmungen, ihres Kontextes (systematische Auslegung), des verfolgten Zweckes, des Sinns der Vorschrift, den ihr zu Grunde liegenden Wertungen, vor allem auch des geschützten Interesses (teleologische Auslegung) sowie des Willens des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung; letztere ist namentlich bei jüngeren Gesetzen von Bedeutung, vgl. BGE 128 I 288; zum Ganzen: BGE 128 II 62 und 70 mit weiteren Hinweisen und *Häfelin/Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, N. 90 ff.). Kommt die Auslegung nach den vorgenannten Elementen aufgrund triftiger sachlicher Gründe zum Schluss, dass von der zivilrechtlichen Bedeutung eines Begriffes im Steuerrecht abzuweichen ist, so ist dafür keine Steuerumgehung erforderlich. Hingegen ist es willkürlich, wenn eine Steuerbehörde in der gleichen Sache einmal auf die äussere rechtliche Form und ein anderes Mal auf den wirtschaftlichen Sachverhalt abstellt (*Höhn/Waldburger*, a.a.O., N. 38 und 41 zu § 5). Auch Ausnahmebestimmungen sind dabei weder restriktiv noch extensiv, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen und insbesondere nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen (vgl.

Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., N. 228; BGE 118 Ia 178; *Höhn/Waldburger*, a.a.O., N. 44 zu § 5). Im Verwaltungsrecht kommt sodann die verfassungskonforme Auslegung zum Zug, wenn die vorgenannten Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Deutungen einer Norm führen. Es ist dann jenes Ergebnis zu wählen, welches der Verfassung am besten entspricht (*Häfelin/Müller*, a.a.O., N. 230).

3.2 Der in Art. 237 lit. e StG verwendete Begriff Erbgang wurde offenkundig aus dem Zivilrecht übernommen, und wird dort teils als Oberbegriff in einem weiteren Sinn und teils in einem engeren Sinn verstanden (vgl. *Tuor/Schnyder*, 12. Aufl. 2002, S. 632, Fn. 1). Demnach wird der Begriff "Erbgang" im erbrechtlichen Teil des ZGB - als Überschrift der zweiten Abteilung - und damit namentlich in dessen Systematik als Oberbegriff in einem weiteren Sinn verwendet. Dieser Abschnitt besteht, wie die Beschwerdeführer zutreffend geltend machen, entsprechend aus den Titeln 15 (Die Eröffnung des Erbganges), 16 (Die Wirkung des Erbganges) und 17 (Die Teilung der Erbschaft). Dass nicht nur der Übergang des Nachlasses auf den Alleinerbe oder gegebenenfalls auf eine Erbengemeinschaft, sondern auch die Teilung des Nachlasses unter den Miterben vom Oberbegriff "Erbgang" erfasst wird, bestätigen auch die von den Beschwerdeführern korrekt zitierten Zivilrechtskommentare. Daneben gibt es aber einzelne Stellen im ZGB (wie z.B. in Art. 542 ZGB), wo der Begriff Erbgang zweifellos in einem engeren Sinn verstanden wird und zwar wird dort damit einzig die Universalsukzession des Allein- oder der Miterben bzw. die Eröffnung des Erbganges bezeichnet. Als Oberbegriff, welcher auch die Erbteilung umfasst, kommt ihm zivilrechtlich eher eine grössere Bedeutung zu; der Begriff wird jedenfalls im Zivilrecht zweideutig verwendet. Ist die Verwendung im Zivilrecht nicht einheitlich, lässt sich die Bedeutung des Begriffes Erbgang für das Steuerrecht nicht allein aus zivilrechtlichen Quellen bestimmen.

3.3 Weil Art. 237 Abs. 1 lit. e StG die Handänderungen zufolge Erbganges aber einzig unter der weiteren Voraussetzung befreit, dass diese innert zwei Jahren seit dem Tod des Erblassers ins Grundbuch eingetragen werden, ergibt sich daraus selbst bei engem Begriffsverständnis, dass jedenfalls der ausserbuchliche Übergang auf einen Alleinerben genauso wie der ebenfalls ausserbuchliche Übergang auf eine Erbengemeinschaft befreit ist, sofern der Grundbucheintrag fristgerecht nachgeholt wird. Damit unterscheidet sich dieser Steuerbefreiungstatbestand schon dem Wortlaut nach wesentlich von vergleichbaren Normen anderer Kantone. So wird beispielsweise durch Art. 244 lit. b des Steuergesetzes des Kantons St. Gallen ausdrücklich nur der erbrechtliche Erwerb eines Grundstückes durch eine Erbengemeinschaft von der Handänderungssteuer befreit, wogegen der Alleinerbe demnach und nach der Rechtsprechung keinesfalls als befreit gilt (vgl. GVP SG 1991, Nr. 27). Weil Art. 237 Abs. 1 lit. e des hiesigen StG nach dessen insofern klaren Wortlaut sowohl den fristgerecht eingetragenen Übergang eines Grundstückes auf einen Alleinerben als auch auf eine Erbengemeinschaft befreit, so stellt sich nicht zuletzt aus Gründen der Gleichbehandlung die Frage, ob nur der Alleinerbe ein Grundstück völlig unbelastet einer Handänderungssteuer erben kann - weil nur der Alleinerbe ohne vorgängige Teilung direkt Eigentümer des Grundstückes wird und nur er eigenhändig für einen fristgerechten Grundbucheintrag sorgen kann. Bei der Erbengemeinschaft stellt sich die Frage, ob im Ergebnis gleiches, nämlich eine gänzliche Befreiung von der Handänderungssteuer nicht auch für Mitglieder einer Erbengemeinschaft gilt oder gelten muss, wenn sich beispielsweise einer der Miterben von der Erbengemeinschaft ein Grundstück aus dem Nachlass zuweisen lässt, und sowohl der ausserbuchliche Übergang auf die Erbengemeinschaft als auch die Zuweisung des Grundstückes an das betreffende Mitglied der Erbengemeinschaft innert der Zweijahresfrist im Grundbuch eingetragen wird. Ob der erst im Gefolge der Erbteilung mögliche zweite Eigentumsübergang auf einen Miterben vom Begriff Erbgang in lit. e erfasst wird, lässt sich nur bei weitem Begriffsverständnis bejahen. Da in lit. e aber ausdrücklich von Handänderungen (Plural) die Rede ist, stünde einer weiten Auslegung des Begriffes Erbgang dieser Teil des Normtextes nicht entgegen, da mit dem Plural auch die spätere Übertragung des Grundstückes auf einen Miterben mitgemeint sein kann. Weil sich aber weder aus dem Zivilrecht noch aus dem Normtext selber eine eindeutige Klärung ableiten lässt, ist im folgenden zu prüfen, was die übrigen Auslegungselemente dazu ergeben.

4. Im ersten StG-Entwurf des Regierungsrates vom 23. Februar 1999 war in Art. 237 lit. g noch ausdrücklich vorgesehen, (nur) Handänderungen zufolge erbrechtlichen Erwerbs durch eine Erbengemeinschaft von der Handänderungssteuer zu befreien (entsprechend der bereits erwähnten St. Galler Regelung, vgl. Erläuternder Bericht des Regierungsrates gleichen Datums, S. 63). Diese Bestimmung passierte die 1. Lesung im Kantonsrat noch ohne Änderung (vgl. ABI 1999, S. 445 ff.). Erst auf die zweite Lesung hin (vom 13. März 2000) wurde der Gesetzestext nunmehr als lit. e in die Gesetz gewordene Fassung abgeändert, wonach nun Handänderungen "zufolge Erbgang" befreit sind. Dem Bericht und Antrag der parlamentarischen Kommission zu dieser 2. Lesung lässt sich nirgends, auch nicht in Ziff. 4, welcher Art. 238 zum Gegenstand hat, etwas zu dieser Änderung des Art. 237 lit. e entnehmen. Gemäss ABI 2000 (S. 184) entstammt die Gesetz gewordene Fassung des lit. e denn auch einem Antrag des Regierungsrates. Die dazu von der Kantonskanzlei eingeholten und den Parteien zur Stellungnahme vorgelegten Materialien zeigen, dass der Regierungsrat mit dieser Änderung auf zwei Anliegen reagiert hat, welche sich teilweise widersprechen. Einerseits wurde namentlich seitens der Grundbuchverwalter und identisch auch seitens der Gemeinde Herisau beantragt, es sei statt der Begriff "erbrechtlicher Erwerb", welcher Erbgang und Erbteilung umfasse, der Begriff Erbgang zu verwenden, weil nur Handänderungen zu befreien seien, welche kraft Gesetz erfolgen (Art. 560 ZGB). Dafür stehe absolut eindeutig der Begriff "Erbgang" gemäss Art. 560 und 556 Abs. 2 ZGB. Dass dieser Begriff auch rein zivilrechtlich eben gerade nicht nur in diesem engen Wortsinn verwendet und verstanden wird, wurde oben dargetan. Andererseits wurde sowohl seitens der Gemeinden Herisau und Heiden als auch der Grundbuchverwalter bemängelt, es sei nicht richtig, den steuerfreien Erwerb auf die Erbengemeinschaft zu beschränken, sondern es sei auch dem Alleinerben die Steuerbefreiung zu gewähren. Diesen beiden Anliegen ist der Regierungsrat mit der Gesetz gewordenen Fassung von lit. e gemäss dessen Wortlaut sicherlich hinsichtlich der Befreiung auch der Alleinerben gefolgt. Hingegen ist der Regierungsrat und in der Folge auch der Kantonsrat mit der Verwendung des Begriffes "Erbgang" dem Anliegen und dem engen Begriffsverständnis namentlich der Grundbuchverwalter nur scheinbar gefolgt. In seiner zusammenfassenden Kommentierung vom 4.1.2000 zuhanden der 2. Lesung hielt der Regierungsrat bezüglich der geänderten Handänderungssteuerregelung (auf S.1) nämlich ausdrücklich fest, dass den in der Vernehmlassung eingegangenen Anregungen zwar weitgehend entsprochen wurde, aber nur soweit diese nicht in Widerspruch zu Regelungen in anderen Steuerbereichen standen. Wäre der Regierungsrat mit der Verwendung des Begriffes Erbgang tatsächlich dem engen, die Erbteilung ausschliessenden Begriffsverständnis gefolgt, so hätte er sich in Widerspruch zu der in Art. 124 Abs. 1 lit. a StG für den Bereich der Grundstückgewinnsteuer gegebenen Legaldefinition des Begriffes Erbgang gesetzt. In dieser Bestimmung hat der Steuergesetzgeber den Begriff "Eigentumswechsel durch Erbgang" nämlich ausdrücklich in einem weiten Sinn durch die in Klammer gesetzten Begriffe "Erbfolge, Erbteilung und Vermächtnis" definiert. Angesichts der Verwendung des Begriffes Erbgang nun auch in Art. 237 Abs. 1 lit. e hat der Regierungsrat damit keinen Widerspruch zu dieser Legaldefinition schaffen wollen, weshalb sich eine engere Auslegung des Begriffes Erbgang einzig für den Bereich der Handänderungssteuer verbietet. Von einer im kantonalen Steuerrecht einheitlich an Art. 124 Abs. 1 lit. a StG orientierte Begriffsauslegung ist in Art. 237 Abs. 1 lit. e StG auch deshalb auszugehen, weil es bei der sachverwandten Handänderungssteuer auch durchaus üblich und sachgerecht ist, auf die gleichen Begriffe wie bei der Grundstückgewinnsteuer abzustellen (vgl. *Weidmann/Grossmann/Zigerlig*, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 6. Aufl., S. 441). Gegen eine unterschiedliche Begriffsverwendung spricht auch, dass die Legaldefinition in Art. 124 Abs. 1 lit. a StG schon im regierungsrätlichen Entwurf vom 23. Februar 1999 enthalten war und ohne jede Änderung Gesetz geworden ist, so dass auch daher nicht davon ausgegangen werden kann, der Regierungsrat habe später spezifisch für die Handänderungssteuer von seinem Verständnis des Begriffes Erbgang abweichen wollen. Dass in der Folge im Kantonsrat oder im Vorfeld des Referendums spezifisch für die Handänderungssteuer von einem von Art. 124 Abs. 1 lit. a StG abweichenden engeren Begriffsverständnis ausgegangen wurde, dafür sind keinerlei Indizien aktenkundig; im Kantonsrat fand dazu, soweit ersichtlich, keine Diskussion statt.

4.1 Nebst den regierungsrätlichen Materialien und der Entstehungsgeschichte spricht auch die systematische Stellung des Art. 237 Abs. 1 lit. e StG zu den voranstehenden Art. 234 und Art. 124 Abs. 1 lit. a StG für eine weite und nicht für die enge Auslegung des Begriffes Erbgang. Die Vorinstanz verkennt, dass Art. 234 und Art. 237 StG in einem Regel-Ausnahmeverhältnis zueinander stehen, so dass Art. 237 Abs. 1 lit. e StG die umstrittene Handänderung auch dann von der Handänderungssteuer befreit, wenn es sich beim Übergang des Grundstückes von der Erbgemeinschaft auf den Miterben nicht um eine zivilrechtliche, sondern um eine wirtschaftliche Übertragung der Verfügungsmacht im Sinne von Art. 234 Abs. 1 lit. a handeln würde. Dass die Legaldefinition des Erbganges in Art. 124 lit. a StG der Bestimmung in Art. 237 vorangeht, spricht ohne ausdrückliche Einschränkung in dessen Abs. 1 lit. e ebenfalls für eine einheitlich weite Begriffsverwendung, zumal diese Ausnahmebestimmung nicht per se eine enge Auslegung nahe legt.

4.2 Aufgrund dieser Auslegungselemente ergibt sich, dass der Begriff Erbgang in Art. 237 Abs. 1 lit. e genauso wie in Art. 124 Abs. 1 lit. a StG nicht nur die Erbfolge (Universalsukzession), sondern auch die Erbteilung bezeichnet. Deshalb gilt die Zuweisung eines Grundstückes im Nachlass an ein einzelnes Mitglied einer Erbgemeinschaft als von der Handänderungssteuer befreit, sofern dabei nebst dem ausserbuchlichen Übergang auf die Erbgemeinschaft auch die Übertragung auf den betreffenden Miterben innert zweier Jahre nach dem Tod des Erblassers im Grundbuch eingetragen wird. Dank dieser Auslegung können Nachlassgrundstücke sowohl auf einen Alleinerben als auch auf einzelne Mitglieder einer Erbgemeinschaft ohne Handänderungssteuer übertragen werden, sofern die dazu nötigen Grundbucheinträge fristgerecht erfolgen.

4.3 Dass der kantonale Gesetzgeber stattdessen einzig um der raschen Eintragung des ausserbuchlichen Erwerbs willen die Alleinerben gegenüber den Mitgliedern einer Erbgemeinschaft privilegieren wollte (eine Folge, welche die engere Begriffsauslegung seitens der Vorinstanz hätte), ist mangels klarer Indizien oder stichhaltiger Gründe nicht anzunehmen. Vielmehr hat er sich - richtiger Auslegung nach - für eine gänzliche Befreiung beider Erbenkategorien ausgesprochen. Nur dieses Auslegungsergebnis gewährleistet eine Gleichbehandlung beider Erbenkategorien, weshalb auch einzig diese Auslegungsvariante als verfassungskonform bezeichnet werden kann. Auch bei der Besteuerung der Handänderungen sind die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten (Art. 98 Abs. 3 der Kantonsverfassung). Deshalb verdient die in Art. 124 Abs. 1 lit. a StG angelegte weite Auslegung des Begriffes Erbgang auch für den Bereich der Handänderungssteuer den Vorzug. Damit steht fest, dass die von der Erbgemeinschaft A. veranlasste Übertragung mehrerer Nachlassgrundstücke auf zwei ihrer Mitglieder als "Handänderungen zufolge Erbgang" im Sinne von Art. 237 Abs. 1 lit. e StG zu qualifizieren sind. Da sowohl der ausserbuchliche Übergang dieser Grundstücke auf die Erbgemeinschaft wie auch die Übertragung auf die beiden Miterben innert zweier Jahre seit dem Tod des Erblassers im Grundbuch eingetragen wurden, ist auch die zweite Voraussetzung dieses Befreiungstatbestandes erfüllt. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführer von der Vorinstanz zu Unrecht mit einer Handänderungssteuer belastet wurden; ihre Beschwerde ist gutzuheissen.

VGer 31.05.2006

2265

Berufskosten. Die Kosten für ein privates Arbeitszimmer stellen auch bei einem Kantonsschullehrer nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen steuerlich abzugsfähige Berufskosten i.S. von Art. 29 StG dar.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 29 Abs. 1 lit. c des Steuergesetzes (StG; bGS 621.11) werden nebst den notwendigen Fahrkosten und Mehrkosten für auswärtige Verpflegung (lit. a und b) als Berufskosten auch die übrigen für die Ausübung des Berufes erforderlichen Kosten abgezogen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung legt der Regierungsrat Pauschalansätze fest; namentlich für die Berufskosten nach lit. c steht dem Steuerpflichtigen der Nachweis höherer Kosten offen. Demnach ist die Beweislast für diese steuermindernde Tatsache dem Steuerpflichtigen auferlegt. Die höher als die Pauschale anfallenden Gewinnungskosten können deshalb nur zum Abzug zugelassen werden, wenn der Steuerpflichtige diese rechtsgenügend belegen kann.

In Art. 18 Abs. 1 der Verordnung zum Steuergesetz (StV; bGS 621.111) hat der Regierungsrat den Abzug für die übrigen notwendigen Berufskosten auf Fr. 700.-- zuzüglich 10% der Nettoeinkünfte, höchstens aber Fr. 2'400.-- festgelegt. Werden höhere Kosten geltend gemacht, ist vom Steuerpflichtigen nachzuweisen, dass die Vermeidung dieser Kosten nicht zumutbar ist (Abs. 2). Nach dieser Bestimmung werden die Kosten eines Arbeitszimmers in der Privatwohnung als notwendige Kosten anerkannt, wenn eine steuerpflichtige Person auf einen spezifisch eingerichteten Arbeitsplatz angewiesen ist, ein solcher tatsächlich ausgeschieden wird und ein wesentlicher Teil der Berufsarbeit zu Hause verrichtet werden muss. Wesentlich ist ein Anteil dann, wenn mindestens 40% der Tätigkeit, gemessen an einer Vollzeitbeschäftigung, zu Hause erledigt werden müssen (Art. 18 Abs. 3 StV). (...) Demnach ist vorab zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer der Nachweis gelingt, dass er zumindest 40% seiner Vollzeitbeschäftigung als Kantonsschullehrer zu Hause erledigen muss bzw. dass ihm die Vermeidung der dafür höher als die Maximalpauschale geltend gemachten Kosten nicht zumutbar ist.

3. Nach der kantonalen Rechtsprechung (AR GVP 4/1992, Nr. 2102, AR GVP 1988 Nr. 2003) ist ein privates Arbeitszimmer nur dann berufsnotwendig, wenn der Steuerpflichtige die in der Verordnung auf mindestens 40% einer Vollbeschäftigung festgesetzte Arbeitszeit deshalb zu Hause erledigen muss, weil der Arbeitgeber das notwendige oder geeignete Arbeitszimmer nicht zur Verfügung stellt, oder weil dessen Benutzung nicht möglich oder dem Pflichtigen nicht zumutbar ist. Auch nach Lehre und Rechtsprechung zur direkten Bundessteuer (DBG) begründet reine Bequemlichkeit oder der Wunsch, in der Nähe der Angehörigen arbeiten zu können, keinen Anspruch auf einen Abzug. Andererseits muss demnach der vom Arbeitgeber angebotene Arbeitsraum für die fragliche Arbeit zumutbar sein. Das ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn ein einziges Lehrerzimmer für die Vorbereitungsarbeiten einer ganzen Schule zur Verfügung steht und gleichzeitig als Pausen- und Besprechungsraum dient. Fehlt eine angemessene Möglichkeit, die Arbeitsunterlagen in diesem Raum oder in der Nähe aufzubewahren, dürfte in den meisten Fällen die Arbeit in diesen vom Arbeitgeber angebotenen Räumen nicht zumutbar sein (*B. Knüsel*, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, N. 13 zu Art. 26 DBG). Bloss gelegentliche berufliche Arbeiten in der Privatwohnung verursachen indessen keine Mehrkosten und geben daher keinen Anspruch auf einen Abzug (vgl. *P. Locher*, Kommentar zum DBG, N. 35 zu Art. 26 DBG, welcher allerdings in N. 36 abweichend zur restriktiven Praxis eine flexiblere Handhabung des vorliegend kantonal auf 40% fixierten Kriteriums der zu Hause absolvierten Arbeitszeit befürwortet).

3.1 Der Beschwerdeführer liess mit einer knapp und pauschal gehaltenen Arbeitgeberbestätigung geltend machen, er sei zur Erledigung seiner Arbeitsvorbereitungen auf ein mit einem Computer ausgestattetes Büro zu Hause angewiesen. Mit seiner Replik liess er auf die Einwände der Steuerverwaltung hin geltend machen, die Raumbedürfnisse der einzelnen Lehrer seien fachspezifisch sehr verschieden. Der von der Vorinstanz erst mit der Duplik eingereichte Amtsbericht des Rektorates der Kantonsschule (vom 16.12.2003) hat allerdings auch nur die Verhältnisse an der ganzen Schule, nicht aber die unterschiedlichen, je nach Fachrichtung zugewiesenen Stützpunkte im Blickfeld (demnach standen im Jahre 2003 den 80 Lehrpersonen mit mehr oder weniger grossen Pensen insgesamt 13 Stützpunkte zur Verfügung, wobei im Durchschnitt pro Stützpunkt vier Arbeitsplätze zur Verfügung standen). Die daraufhin vom Gericht beschlossene Abklärung der tatsächlichen Arbeitsplatzsituation des betroffenen Mathematiklehrers ergab (Schreiben des Rektors), dass dem Beschwerdeführer an der Schule ein Arbeitsplatz in einem Stützpunkt zusammen mit anderen Mathematiklehrern zugewiesen ist. Im Jahre 2003 teilten sich vier Mathematiklehrer den 16m² messenden Raum.

In diesem Arbeitsraum ist ein Computer mit Drucker und Internetanschluss installiert. Während der Heizperiode werde die Heiztemperatur nachts, am Wochenende und während den Ferien abgesenkt. Mit den aktuell vorhandenen Steuerungen an den Radiatoren im betreffenden Annexbau lasse sich daran nichts ändern. Es seien verschiedentlich Wünsche zur besseren Beheizung der Schulhäuser und einzelner Räume vorgetragen worden. Müsste auf die Absenkung nachts, am Wochenende oder während den Ferien verzichtet werden, hätte dies nach Auffassung des Rektors erhebliche Mehrkosten zur Folge. Im Arbeitsstützpunkt des Beschwerdeführers seien Schränke für die Lagerung von Schulmaterial vorhanden. Weil am Arbeitsplatz selber kein Material abgestellt werden könne, ohne die Kollegen zu behindern, könne nicht von einem individuellen Arbeitsplatz gesprochen werden. Es sei noch nie in Erwägung gezogen worden, auch ausserhalb der Stützpunkte persönliche Schränke einzurichten. Der Arbeitsraum selber eigne sich nicht für die Deponierung vertraulicher Akten. Im Stützpunkt der Mathematiker seien persönliche Fachbücher nur in beschränktem Ausmass deponierbar. Grundsätzlich könnten Fachbücher für Lehrpersonen in der Mediothek gelagert werden, und dies sei teilweise auch tatsächlich der Fall. Diese werde allerdings auch stark durch Schülerinnen und Schüler als Arbeitsplatz frequentiert. Der Rektor kommt zusammenfassend zum Schluss, dass der Beschwerdeführer einen Arbeitsplatz an der Schule habe, dass dieser aber aufgrund der speziellen Bedingungen kaum den Anforderungen eines Arbeitsplatzes in der Verwaltung entspreche.

3.2 Laut Stellungnahme des Beschwerdeführers bestätige der Rektor damit vollumfänglich, was er immer schon geltend gemacht habe. Er verfüge an der Schule über einen "notdürftigen Platz für kleine Arbeiten zwischendurch", welcher jedoch bei weitem nicht den Anforderungen eines vollwertigen Arbeitsplatzes entspreche. Der private Arbeitsplatz zu Hause sei deshalb für seine Berufstätigkeit notwendig und habe mit Bequemlichkeit nichts zu tun.

Die Vorinstanz hielt ihrerseits dagegen, demnach stehe nun fest, dass der Beschwerdeführer über einen Arbeitsplatz mit Computer, Drucker und Internetanschluss verfüge. Damit könnten die Unterrichtsvorbereitungen und Korrekturen in der Schule erledigt werden. Für die Lagerung vertraulicher Unterlagen könnten für diejenigen Lehrer, die einen Bedarf anmelden, unter Umständen abschliessbare Schrankfächer oder ähnliches installiert werden. Bezüglich des Heizregimes wurde Verständnis für die Absenkung signalisiert, wobei aber zu beachten sei, dass bei einem Vollzeitpensum von rund 23 Lektionen die Vorbereitungs- und Korrekturarbeiten sowie die Nachbearbeitungen während der ordentlichen Bürozeiten in der Schule erledigt werden könnten. Soweit der Rektor abschliessend bemerke, dass der Arbeitsplatz des Beschwerdeführers kaum den Anforderungen eines Arbeitsplatzes in der Verwaltung genüge, wird dem entgegengehalten, dass es nicht Sache des Steuerrechts sein könne, die Pflichten des Arbeitgebers, einen adäquaten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, via Abzüge steuerlich zu übernehmen.

3.3 In Würdigung der vom Rektorat erhaltenen Angaben zum Stützpunkt bzw. Arbeitsraum der vier Mathematiklehrer kommt das Gericht zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer von der Grösse her und dank dem PC (mit Drucker und Internetanschluss) an der Schule ein tauglicher, aber nicht gerade komfortabler Arbeitsraum und -platz zur Verfügung steht. Dass dieser Arbeitsplatz nicht den Anforderungen eines Arbeitsplatzes in der Verwaltung entspricht, dürfte zutreffen, aber dies braucht er auch nicht. Denn in der Verwaltung ist ein Vollzeitarbeitsplatz in der Regel während den wöchentlich 42 Stunden besetzt oder muss jedenfalls nicht annähernd während 23 Stunden für den Unterricht in einem separaten Schulzimmer oder dergleichen verlassen werden. Die zeitlich klar eingeschränkte Nutzung durch den einzelnen Lehrer mildert die Tatsache, dass sich im fraglichen Zeitpunkt (2003) vier Lehrer den mit 16m² eher knapp bemessenen Raum teilen müssen. Zudem müssen sich heute häufig auch anderswo Arbeitskräfte mit ebenfalls anspruchsvoller geistiger Beschäftigung einen Arbeitsraum mit Arbeitskollegen teilen. Dass der gemeinsame Arbeitstisch individuell nur beschränkt als Abstellfläche für angefangene Arbeiten zur Verfügung steht, muss als Nachteil in Betracht fallen. Da Schränke im Arbeitsraum bzw. -stützpunkt und weitere Ablagen in der Mediothek eine Zwischenlagerung solcher Arbeiten in zumutbarer Nähe erlauben, fällt dieser Nachteil nicht entscheidend ins Gewicht. Dass der Arbeitsraum sich trotz der vorhandenen Schränke nicht für die Deponierung vertraulicher Akten eignen soll, überzeugt deshalb nicht,

weil davon ausgegangen werden darf, dass die Schränke oder jedenfalls der betreffende Arbeitsraum abschliessbar sind. Da dieser Raum ausschliesslich den vier Fachlehrern zur Verfügung steht, darf bzw. durfte (2003) von diesen erwartet werden, dass persönliche Unterlagen des Arbeitskollegen unangetastet bleiben und ferner, dass Prüfungsunterlagen durch pflichtgemässes Abschliessen zumindest des Stützpunktes den Schülern nicht zugänglich waren. Weil die übrigen Unterlagen bei Bedarf auch in der Mediothek gelagert werden können und dort auch die einschlägigen Fachbücher zur Verfügung stehen, erscheint dem Gericht der zugewiesene Arbeitsraum und -platz sowohl für die Unterrichtsvorbereitung als auch -nachbereitung (wie z.B. Korrekturen) als geeignet und zumutbar. Dies gilt selbst dann, wenn man in Betracht zieht, dass der Beschwerdeführer nebst seinen 23 Lektionen deutlich mehr als die Hälfte seiner unterrichtsfreien Arbeitszeit eines Vollzeitpensums gemäss Art. 5 Abs. 1 der kantonalen Anstellungsverordnung dort zu absolvieren hat (AVO für kantonale Schulen; bGS 413.12), wenn er weniger als die 40% gemäss Art. 18 Abs. 3 StV zu Hause erledigen soll bzw. möchte.

Letzteres ergibt sich indessen erst in Würdigung auch der folgenden Umstände: Dass der zugewiesene Arbeitsraum unzureichend gegen Pausen- und Unterrichtslärm abgeschirmt sein soll, wird nicht behauptet. Was die Absenkung der Heiztemperatur namentlich am Abend und am Wochenende betrifft, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es auch bei einem Vollzeitpensum von 23 Lektionen grundsätzlich möglich ist, die Unterrichtsvor- und Nachbereitung samt den Korrekturen noch während den ordentlichen Bürozeiten in der Schule zu erledigen. Ist im Einzelfall ein Pflichtiger aufgrund seines Stundenplanes oder anderer schulischer Gründe zwingend auf eine verlängerte Beheizung seines Stützpunktes angewiesen (z.B. abends oder am Wochenende), so ist ihm zumutbar, dass er zunächst mit einem konkret begründeten Begehren an seinen Arbeitgeber gelangt. Erst wenn sich die Schulleitung ausdrücklich weigert, einem solchen Begehren zu entsprechen, könnte dies die Benutzung des zugewiesenen Arbeitsplatzes im Einzelfall als ganz oder teilweise unzumutbar erscheinen lassen. Dass dem Beschwerdeführer selber im Jahre 2003 eine verlängerte Beheizung seines Stützpunktes auf ein zeitlich konkretes Begehren hin verweigert wurde, wird weder behauptet noch wurde solches vom Rektorat bestätigt. Daran ändert nichts, dass laut Rektorat "verschiedentliche Wünsche zur besseren Beheizung" nicht entsprochen wurde. Einem zeitlich und sachlich konkret begründeten Begehren auf eine längere Beheizung könnte sich der Arbeitgeber jedenfalls dann kaum entziehen, wenn die länger beheizten Räumlichkeiten von der antragstellenden Lehrperson dann auch tatsächlich genutzt würden. Denn an gut vorbereiteten Lehrkräften besteht offenkundig ein gewichtiges öffentliches Interesse. Einer längeren Beheizung eines Stützpunktes (sofern tatsächlich genutzt) könnten die vom Rektorat auch geäusserten ökologischen oder finanziellen Bedenken deshalb wohl nur in Ausnahmefällen überwiegend entgegenstehen. Ein solcher Ausnahmefall ist für den fraglichen Zeitraum (2003) schon mangels eines konkret an den Arbeitgeber gestellten Begehrens nicht gegeben; dazu kommt, dass der Beschwerdeführer gegebenenfalls auch die dazu ergangene Ablehnung seines Begehrens zu belegen gehabt hätte. Das Gericht kommt deshalb zum Schluss, dass der Beschwerdeführer für das Jahr 2003 auch mit dem zusätzlich beim Rektorat eingeholten Amtsbericht nicht nachzuweisen vermag, dass ihm für die unterrichtsfreie Arbeitszeit mit seinem Stützpunkt nur ein notdürftiger, für sein Vollzeitpensum nicht zumutbarer Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden haben soll. Weil es sich dabei unverändert um eine unbewiesene gebliebene steuermindernde Tatsache handelt, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, der Beschwerdeführer sei im fraglichen Zeitraum nicht auf einen privat eingerichteten Arbeitsplatz angewiesen gewesen. Daraus folgt ohne weiteres, dass der Beschwerdeführer seinen Arbeitsplatz zu Hause nicht aus Gründen beruflicher Notwendigkeit eingerichtet und genutzt haben kann. Die dafür geltend gemachten Kosten wären deshalb zumindest aus steuerlicher Sicht vermeidbar gewesen. Unter diesen Umständen wurde dem Beschwerdeführer ein Abzug höher als die Maximalpauschale von Fr. 2'400.-- zu Recht verweigert (bei diesem Ergebnis konnte offen bleiben, ob der Beschwerdeführer tatsächlich mindestens 40% seines Vollzeitpensums als Kantonsschullehrer zu Hause erledigt hat).

Invalidenversicherung. Soweit das Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) für Geburtsgebrechen bestimmt, bei kongenitalen Hirnstörungen im Sinne von Ziff. 404 des Anhangs GgV könne die von der IV zu übernehmende Behandlung und namentlich eine Ergotherapie höchstens zwei Jahre dauern und nur einmalig um ein Jahr verlängert werden, fehlt es dieser zeitlichen Limitierung an einer gesetzlichen Grundlage.

Aus den Erwägungen:

2. Es ist unbestritten, dass der 1994 geborene A. an einem infantilen psychoorganischen Syndrom leidet. Da der Intelligenzquotient über 75 liegt, ist auch das Kriterium der normalen Intelligenz erfüllt. Da das Geburtsgebrechen vor Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert wurde und behandelt wird, liegt ein Geburtsgebrechen gemäss Ziff. 404 des Anhangs der Verordnung über Geburtsgebrechen vor (GgV; SR 831.232.21).

Als medizinische Massnahmen, die für die Behandlung eines Geburtsgebrechens notwendig sind, gelten sämtliche Vorkehren, die nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt sind und den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstreben (Art. 2 Abs. 3 GgV). Dr. med. S. M., Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin, erachtete in seinem Bericht eine Weiterführung der Psychotherapie (in Form von Ergotherapie) als notwendig. Der behandelnde Psychotherapeut R.C. begründete im Therapiezwischenbericht die Notwendigkeit der psychotherapeutischen Betreuung bzw. Spieltherapie eingehend. Insbesondere wies er auf die irrationalen Ängste und Bedrohungsphantasien hin. Diese Beurteilung der Notwendigkeit der Fortsetzung der Ergotherapie wurde von der IV-Stelle nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Ergotherapie im vorliegenden Fall gemäss Art. 2 Abs. 3 GgV nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist und den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstrebt.

3. Gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden. Er kann die Leistung ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist. In der für den vorliegenden Fall relevanten Ziff. 404 Anhang GgV ist ausser der Voraussetzung einer normalen Intelligenz und einer Diagnose vor Vollendung des neunten Altersjahres keine Leistungseinschränkung aufgeführt. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Anspruch auf Behandlung eines Geburtsgebrechens erlischt am Ende des Monats, in dem der Versicherte das 20. Altersjahr zurückgelegt hat (Art. 3 GgV).

Die IV-Stelle stützte ihren Entscheid auf Ziff. 404.11 des Kreisschreibens über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME), wonach bei kongenitalen Hirnstörungen im Sinn von 404 Anhang GgV die Behandlungsdauer höchstens zwei Jahre beträgt und eine einmalige Verlängerung um 1 Jahr aufgrund eines spezialärztlichen Zeugnisses möglich ist. Diese Regelung gilt explizit auch für die Ergotherapie. Mit Mitteilung vom 24. April 2001 sprach die IV-Stelle medizinische Massnahmen vom 1. Februar 2001 bis 31. Januar 2005 zu und beauftragte das Ergotherapie-Zentrum in H. mit der Durchführung. Am 22. November 2004 verfügte die IV-Stelle eine Kostengutsprache für ambulante Psychotherapie vom 3. September 2004 bis 31. Januar 2005. Mit der angefochtenen Verfügung vom 3. November 2005 wurde die Kostengutsprache für Ergotherapie auf den 31. Dezember 2005 aufgehoben. Damit hat die IV über die im Kreisschreiben vorgesehenen drei Jahre hinaus

geleistet, die Leistungen dann aber mit Hinweis auf die Beschränkung im Kreisschreiben eingestellt.

4. Die IV-Stelle hat ihre Verfügung und damit die Einstellung der Leistungen korrekt mit dem Hinweis auf Ziff. 404.11 KSME begründet. Die Verwaltungsweisungen sind für die Durchführungsorgane verbindlich (*U. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich, 1999, S. 29*). Die Feststellung der IV-Stelle, dass sie an die Weisungen ihrer Aufsichtsbehörde gebunden sei und deshalb keinen Ermessensspielraum habe, trifft zu. Verwaltungsweisungen in der Art dieses Kreisschreibens sind für den Sozialversicherungsrichter jedoch nicht verbindlich. Er soll sie bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Er weicht andererseits insoweit von den Weisungen ab, als sie mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sind (BGE 120 V 163).

Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage, ob die im Kreisschreiben festgelegte zeitliche Einschränkung der Leistung gemäss Ziff. 404.11 KSME auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Gemäss Art. 1 bis 3 GgV endet der Anspruch auf Behandlung eines Geburtsgebrechens am Ende des Monats, in dem der Versicherte das 20. Altersjahr zurückgelegt hat. Weitere Einschränkungen des Anspruchs sind in der Liste der Geburtsgebrechen aufgeführt. In der hier relevanten Ziff. 404 GgV ist jedoch keine zeitliche Beschränkung der Behandlungsdauer vorgesehen. Solche zeitliche Limitierungen finden sich etwa in Ziff. 395 GgV (Behandlung von leichten cerebralen Bewegungsstörungen bis Ende des 2. Lebensjahres) und in Ziff. 494 (Neugeborene mit einem Geburtsgewicht unter 2000g bis zur Erreichung eines Gewichtes von 3000g). Diese zeitlichen Limitierungen der Leistungspflicht in der Verordnung stützt sich auf den Geringfügigkeitsaspekt nach Art. 13 Abs. 2 in fine IVG (BGE 129 V 207). Wenn in Ziff. 404.11 KSME die Leistungspflicht auf 2 bzw. 3 Jahre limitiert wird, so entbehrt diese Limitierung einer gesetzlichen Grundlage in Verordnung oder Gesetz und ist deshalb im konkreten Fall nicht anzuwenden.

5. In diesem Sinn ist der angefochtene Einspracheentscheid der IV-Stelle aufzuheben und die IV-Stelle anzuweisen, medizinische Massnahmen in Form von Ergotherapie gemäss dem Verlaufbericht von Dr. med. S. M. zu gewähren.

VGer 25.10.2006

2267

Invalidenversicherung. Rechtsverzögerung.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 56 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann Beschwerde erhoben werden, wenn der Versicherungsträger entgegen dem Begehren der betroffenen Person keine Verfügung oder keinen Einspracheentscheid erlässt. Welches die zeitlichen Kriterien sind, bei deren Überschreitung eine Rechtsverzögerung im Verwaltungsverfahren anzunehmen ist, wird durch Art. 56 Abs. 2 ATSG nicht bestimmt, sondern es sind eine Reihe von Kriterien zu berücksichtigen, welche sich nach dem jeweiligen Verfahrensstand richten (*U. Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 56 Rz. 13*).

4. Nachdem der Beschwerdeführer am 14. Mai 2004 Einsprache gegen die Verfügung vom 20. April 2004 erhoben und mit Schreiben vom 20. Juli 2004 einen Entscheid über die mit Anmeldung vom 27. Januar 2004 beantragten Leistungen erbeten hatte, erteilte die IV-Stelle am 29. September 2004 einen Auftrag für einen IK-Zusammenruf. Bis zur erneuten Aufforderung des Beschwerdeführers vom 27. Juni 2005, einen Einspracheentscheid zu

erlassen, hat die IV-Stelle keine weiteren Schritte mehr unternommen. Mit Schreiben vom 25. Juli 2005 teilte die IV-Stelle dem Beschwerdeführer mit, dass recht komplexe Fragestellungen zu beurteilen seien und dass sie baldmöglichst zur Einsprache Stellung nehmen werde. Gleichentags richtete sie eine Anfrage an das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) und liess dem Beschwerdeführer den Fragebogen zum Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung zukommen. Am 5. September 2005 traf die Antwort des BSV bei der IV-Stelle ein. Am 19. September 2005 informierte der Beschwerdeführer die IV-Stelle darüber, dass er und seine Mutter auf den Flüchtlingsstatus verzichtet hätten. Am 7. Oktober 2005 richtete die IV-Stelle eine Anfrage an das Ostschweizer Kinderspital, welches mit Schreiben vom 10. November 2005 antwortete. Am 16. November 2005 wurde die Rechtsverzögerungsbeschwerde eingereicht.

Es ist demnach festzuhalten, dass die IV-Stelle vom 29. September 2004 bis zum 25. Juli 2005, d.h. während 10 Monaten, untätig geblieben ist. Nachdem die IV-Stelle in ihrer Vernehmlassung vom 12. Mai 2006 – diese hat sie dem Gericht mit zweimonatiger Verspätung einreichen lassen – in Aussicht stellte, dass der Einspracheentscheid demnächst erlassen werden könne, ist bis dato (weitere fünf Monate später) kein Einspracheentscheid erlassen worden bzw. über die weiteren Anträge nicht verfügt worden.

5. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Abklärungen im vorliegenden Fall komplex sind und einigen Aufwand erfordern. Andererseits ist der Einspracheentscheid innert angemessener Frist zu erlassen (Art. 52 Abs. 2 ATSG). Gerade unter diesen Umständen hätte die IV-Stelle die notwendigen Abklärungen unverzüglich an die Hand nehmen müssen und sie nicht aus Gründen der Arbeitsüberlastung „etwas zurückstellen“ dürfen. Diese Untätigkeit hat zur Folge, dass nach Einreichung der Einsprache am 14. Mai 2004 bzw. der IV-Anmeldung am 27. Januar 2004, 17 bzw. 21 Monate verstrichen sind, ohne dass der Einspracheentscheid erlassen wurde.

Bei der Frage, ob beim Erlass eines Einspracheentscheides eine unzulässige Rechtsverzögerung vorliegt, ist auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles abzustellen, wobei die Schwierigkeit und der Umfang der abzuklärenden Fragen sowie das Verhalten der versicherten Person ins Gewicht fallen (BGE 125 V 191). Die IV-Stelle hat keine Gründe dargetan, warum sie zehn Monate wartete, bis sie die Anfrage an das BSV richtete. Das BSV hat dann mit seinem Schreiben vom 5. September 2005 das weitere Vorgehen aufgezeigt. Dieses hätte von der IV-Stelle unverzüglich an die Hand genommen werden müssen. Die IV-Stelle hat in ihrer Vernehmlassung keine Erklärung für ihr Untätigbleiben geliefert. Die unspezifischen Hinweise auf die Komplexität des Falls und die Arbeitslast sind in diesem Zusammenhang unbehelflich und können die lange Verfahrensdauer nicht rechtfertigen. Die IV-Stelle hat auch auf die Gelegenheit verzichtet, in einer Duplik ihr Vorgehen zu begründen und zu den Vorwürfen des Beschwerdeführers Stellung zu nehmen. Wenn ohne besondere Umstände davon auszugehen ist, dass der Einspracheentscheid innert einer Zeitspanne von längstens etwa zwei Monaten zu fällen ist (*U. Kieser*, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 52 ATSG), so müsste eine längere Dauer von der IV-Stelle begründet werden. Diese Begründung fehlt im vorliegenden Fall.

Neben der beanspruchten Zeit bis zum Erlass des Einspracheentscheides ist auch zu prüfen, wie die Abklärungen des Sachverhalts vorangetrieben wurden. In der Gerichtspraxis wurde etwa eine Untätigkeit des Versicherungsträgers während neun bzw. zwölf Monaten als rechtsverzögernd betrachtet (*U. Kieser*, a.a.O., Art. 56 Rz. 13). Im vorliegenden Fall ist die IV-Stelle zunächst während 10 Monaten untätig geblieben und hat dann seit der Antwort des Kinderspitals bis heute, also während weiteren 11 Monaten, keinen Einspracheentscheid erlassen. Unter diesen Umständen hat sich die IV-Stelle eine Rechtsverzögerung zuschulden kommen lassen. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.

6. Wird eine Rechtsverzögerungsbeschwerde gutgeheissen, ist der Versicherungsträger durch die Gerichtsinstanz anzuweisen, das Verfahren innert nützlicher Frist abzuschliessen resp. die verzögerte Handlung vorzunehmen (*U. Kieser*, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 56 ATSG). Vorliegend erscheint es zweckmässig, der IV-Stelle eine Frist anzusetzen. Angemessen erscheinen dem Gericht rund zwei Monate. Nachdem dieses Urteil nach Ablauf der 30-tägigen

Beschwerdefrist rechtskräftig wird, wird die Erledigungsfrist auf 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft festgesetzt.

VGer 25.10.2006

2268

Staatshaftung. Für allenfalls widerrechtlich durch den Vermittler einer Gemeinde verursachten Schaden haftet der Kanton (Art. 262 EG zum ZGB).

Sachverhalt:

E. ist Eigentümer der Liegenschaft Parz. Nr. 200 Grundbuch X. Zugunsten dieser Liegenschaft ist im Grundbuch ein beschränktes Fahrrecht zulasten der Nachbarparzelle Nr. 201 eingetragen. Miteigentümer je zur Hälfte der Parzelle Nr. 201 sind W. und G., wohnhaft in einem anderen Kanton. E. beabsichtigt, auf seinem Grundstück einen Schweinestall zu bauen. Das Baugesuch ist den Nachbarn W. und G. von der Baubehörde am 10. Dezember 2003 angezeigt worden. Mit Eingabe vom 31. Dezember 2003 haben W. und G. beim Gemeinderat Einsprache erhoben und im Wesentlichen geltend gemacht, dass zugunsten der Parzelle von E. (Nr. 200) kein unbeschränktes Fahrrecht bestehe, weshalb der Neubau des Schweinestalles nicht realisiert werden dürfe. Am 25. Februar 2004 hat im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Einspracheverfahrens gegen das Baugesuch unter der Leitung des Planungsamtes ein Augenschein an Ort und Stelle stattgefunden. Das Planungsamt ist davon ausgegangen, dass es sich bei den Differenzen zwischen E. sowie W. und G. bezüglich des eingetragenen beschränkten Fahrwegrechts um eine zivilrechtliche Angelegenheit handle. Es hat E. geraten, eine Zivilklage beim Vermittleramt einzureichen. Bis zu einer Entscheidung des Kantonsgerichts wurde das öffentlich-rechtliche Einspracheverfahren sistiert.

Mit Vermittlungsbegehren vom 26. Februar 2004 hat E. beim Vermittleramt eine Klage eingereicht und beantragt, es sei ihm das uneingeschränkte Durchfahrtsrecht durch die Parz. Nr. 201 Grundbuch X. zu gewähren und dieses Fahrrecht sei im Grundbuch einzutragen. Es ist heute umstritten, ob sich das Vermittlungsbegehren nur gegen W. oder gegen beide Miteigentümer der Parz. Nr. 201 (W. und G.) gerichtet hatte. Nachdem die Streitsache unvermittelt geblieben war, hat das Vermittleramt am 17. März 2004 den Leitschein ausgestellt. Als Beklagter figuriert auf dem Leitschein nur W.

E. hat in der Folge seine Klage gestützt auf den Leitschein vom 17. März 2004 beim Kantonsgericht anhängig gemacht. Anders als auf dem Leitschein hat er in der Klageschrift beide Miteigentümer der Nachbarparzelle Nr. 201 (W. und G.) als Beklagte bezeichnet. Da dies eine unzulässige Klageänderung war, hat das Kantonsgericht E. empfohlen, seine Klage zurückzuziehen und allenfalls in ergänzter und vollständiger Form nochmals einzureichen. E. ist dieser Empfehlung nachgekommen und hat die Klage zurückgezogen. Das Kantonsgericht hat die Streitsache in der Folge als erledigt am Protokoll beschrieben. Es hat die amtlichen Kosten von Fr. 620.-- E. auferlegt und diesen verpflichtet, den Beklagten W. mit Fr. 2'405.60 ausseramtlich zu entschädigen.

E. ist heute der Ansicht, er habe bereits beim Vermittleramt beide Miteigentümer der Parz. Nr. 201 (W. und G.) als Beklagte angegeben. Der Vermittler habe einen Fehler begangen, indem er lediglich W. als Beklagten in den Leitschein aufgenommen habe. Wegen dieses Fehlers habe er (E.) auf Empfehlung des Kantonsgerichts die Klage zurückziehen und Kosten von insgesamt Fr. 3'025.60 ungerechtfertigterweise übernehmen müssen.

Mit Klageschrift vom 8. Februar 2006 liess E. gegenüber der Gemeinde X. einen Betrag von Fr. 3'775.60 als Schadenersatz aus fehlerhafter Amtsführung des Vermittlers beim Verwaltungsgericht des Kantons Appenzell A. Rh. einklagen.

Aus den Erwägungen:

1. Für Schaden, der Dritten durch Beamte, Angestellte oder Behördemitglieder des Kantons, der Gemeinden und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechtes in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursacht wird, haftet nach Art. 262 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB; bGS 211.1) das Gemeinwesen. Vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur beurteilt nach Art. 57 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) das Verwaltungsgericht im Klageverfahren (AR GVP 16/2004, Nr. 2245). Funktionell zuständig ist bis zu einem Streitwert von Fr. 8'000.-- der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts (Art. 47 Abs. 1 lit. a VRPG). Der Streitwert im vorliegenden Klageverfahren entspricht der eingeklagten Forderung, also einem Betrag von Fr. 3'775.60.

Die örtliche Zuständigkeit ist offensichtlich gegeben, da der Kläger seine Verantwortlichkeitsklage auf fehlerhafte Amtsführung im Kanton Appenzell A. Rh. zurückführt.

2. Art. 32 Abs. 1 i.V. mit Art. 59 VRP (Legitimation zur Beschwerdeerhebung) finden auf das Klageverfahren im Sinne von Art. 57 VRPG keine Anwendung. Hinsichtlich der Legitimation zur Klage sind wegen des vertragsähnlichen Charakters der im Klageverfahren zu beurteilenden Rechtsverhältnisse die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) in analoger Weise anzuwenden. Es ist hier, abweichend vom Anfechtungsverfahren, der Begriff der Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation) heranzuziehen. Darunter wird die Berechtigung verstanden, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis als Kläger in eigenem Namen (Aktivlegitimation des Klägers) bzw. dem Beklagten gegenüber geltend zu machen (Passivlegitimation des Beklagten). Wer als Kläger bzw. Beklagter auftreten muss, damit eine Klage durchdringen kann, ist eine Frage des materiellen Rechts. Fehlt dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation, so ist die Klage abzuweisen (*Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 83 N. 3; *Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 12 N. 30; für den Zivilprozess *Max Ehrenzeller*, Erläuterungen zur Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Urnäsch 1988, Art. 116, N. 18).

3. Der Kläger hat zur Frage seiner Aktivlegitimation ausgeführt, dass diese gegeben sei, weil er durch die Handlungen bzw. Unterlassungen des Vermittlers geschädigt worden sei.

Die Beklagte hingegen macht geltend, dass die vom Kläger eingeklagte Schadenersatzforderung nicht öffentlich-rechtlicher Natur sei. Der geltend gemachte finanzielle Schaden in der Höhe von Fr. 3'775.60 sei vielmehr aufgrund eines zivilrechtlichen Verfahrens nach der Zivilprozessordnung entstanden. Die Einwohnergemeinde X. sei an diesem Verfahren gar nicht beteiligt gewesen. Da das Verwaltungsgericht im Klageverfahren nur vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur beurteilen könne, sei die Klage von E. unzulässig. Er sei zu dieser Klage nicht aktiv legitimiert.

Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können die Kantone nach Art. 61 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) auf dem Wege der Gesetzgebung vom OR abweichende Bestimmungen aufstellen. Hat ein Kanton Bestimmungen über die Haftung von öffentlichen Beamten und Angestellten erlassen, so beurteilt sich deren Ersatzpflicht ausschliesslich nach dem kantonalen (öffentlichen) Recht. Verweist kantonales Recht auf das OR, so gilt dieses als subsidiäres kantonales öffentliches Recht (*Anton K. Schnyder*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 61 N. 4). Der Kanton Appenzell A. Rh. hat eigene Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von Beamten, öffentlichen Angestellten und Behördemitgliedern erlassen. Sie finden sich, wie oben dargelegt, in Art. 262 ff. EG zum ZGB. Danach haftet das Gemeinwesen für Schaden, der durch Beamte, Angestellte oder Behördemitglieder des Kantons, der Gemeinden und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursacht wird. Das Verantwortlichkeitsrecht des Kantons Appenzell A. Rh. kennt somit eine primäre Kausalhaftung des Gemeinwesens (*Jost Gross*, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 53). Das

heisst, der geschädigte Dritte kann direkt das Gemeinwesen haftbar machen und dieses hat bei Vorsatz oder bei Grobfahrlässigkeit Rückgriff auf die verantwortlichen Beamten, Angestellten und Behördemitglieder zu nehmen (Art. 263 EG zum ZGB). Nachdem der Kanton ein eigenes Verantwortlichkeitsrecht erlassen hat, ist es, wie *Anton K. Schnyder* zu Recht ausführt (a.a.O. Art. 61 N. 4), offensichtlich, dass die eingeklagte Schadenersatzforderung öffentlich-rechtlicher Natur ist und der Kläger daher aufgrund des ihm entstandenen Schadens im Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht resp. dem zuständigen Einzelrichter (Art. 47 Abs. 1 lit. a VRPG), aktiv legitimiert ist.

4. Weiter ist die Passivlegitimation zu prüfen. Der Kläger erachtet die Passivlegitimation der Gemeinde X. ohne weiteres als gegeben. Gestützt auf Art. 262 EG zum ZGB hatte die Gemeinde für Schaden, der Dritten durch Behördemitglieder widerrechtlich verursacht werde. Die Vermittler seien Behördemitglieder der jeweiligen Gemeinde, in der sie gewählt seien. Die Gemeinde X. habe daher für die Handlungen bzw. Unterlassungen ihres Vermittlers einzustehen.

Die Beklagte hat zur Frage der Passivlegitimation ausgeführt, dass diese in Folge der unzulässigen Klage fehle. Zusätzlich ergebe sich aus Art. 2 der Zivilprozessordnung, dass der Vermittler ein Behördemitglied bzw. ein Organ der kantonalen Zivilrechtspflege sei. Gemäss Art. 5 der Zivilprozessordnung bestehe die Aufgabe des Vermittlers denn auch darin, Zivilstreitigkeiten gütlich zum Ausgleich zu bringen. Daraus folge, dass der Vermittler kein Behördemitglied der Gemeinde und auch nicht öffentlich-rechtlich tätig sei. Haftbar für Handlungen des Vermittlers sei also nicht die Gemeinde sondern allenfalls der Kanton Appenzell A. Rh.

Der Standpunkt der Beklagten trifft zu. Im Jahre 1974 wurde die Gerichtsorganisation im Kanton Appenzell A.Rh. grundlegend geändert. Die 20 Gemeindegerichte, die drei Bezirksgerichte und das Kriminalgericht wurden abgeschafft und durch ein für den ganzen Kanton zuständiges Kantonsgericht ersetzt (*Max Ehrenzeller*, a.a.O., Einleitung, S. 1). Diese neue Justizverfassung hatte damals ihren Niederschlag in den Art. 57-71 der damals gültigen Kantonsverfassung vom 26. April 1908 gefunden (aGS V/652 in der Fassung vom 28. April 1974). Art. 57 der damaligen Kantonsverfassung bestimmte, dass die richterliche Tätigkeit im Kanton durch das Obergericht und das Kantonsgericht ausgeübt werde. Nach Abs. 2 blieb die Schaffung weiterer richterlicher Behörden der Gesetzgebung vorbehalten. Auf gesetzlichem Wege wurden in der Folge als kantonale Gerichtsbehörden das Jugendgericht, das Versicherungsgericht und schliesslich das Verwaltungsgericht eingeführt. Seit der Abschaffung der Gemeindegerichte üben die Gemeinden hingegen keinerlei Justizfunktionen mehr aus. Das Justizwesen ist heute ausschliesslich Sache des Kantons.

Am 30. April 1995 hat die Landsgemeinde die neue Kantonsverfassung angenommen (bGS 111.1), die von den eidgenössischen Räten am 3. Juni 1996 (Ständerat) und am 16. September 1996 (Nationalrat) gewährleistet worden ist. Die neue Kantonsverfassung enthält nur noch wenige Bestimmungen über die Justiz. Nämlich die Justizgrundsätze (Art. 20/21), die Grundrechtscharakter haben, sowie in Art. 94 die Behörden, durch die die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, und in Art. 95 die Bestimmungen über die Begründungspflicht für Urteile. Sämtliche Regeln über die Organisation, das Verfahren und die Zuständigkeiten in den gerichtlichen Verfahren hat die neue Kantonsverfassung auf Gesetzesstufe delegiert. Aus Art. 94 KV ergibt sich aber immerhin klar, dass der pro Gemeinde eingesetzte Vermittler zusammen mit den Gerichten Justizfunktionen ausübt. Er ist damit von Verfassung wegen Teil der durch den Kanton ausgeübten Gerichtsbarkeit. Mit dieser verfassungsmässigen Ordnung stimmt die Zivilprozessordnung überein. In deren Art. 2 wird aufgezählt, durch welche Behörden die Zivilrechtspflege ausgeübt wird. An erster Stelle vor den Gerichten steht der Vermittler.

Dass der Vermittler eine kantonale Behörde ist, ergibt sich schliesslich auch aus der Strafprozessordnung (StPO bGS 321.1). Auch das gesamte Strafverfolgungswesen ist seit der Aufhebung der Gemeindegerichte und der Gemeindeuntersuchungsämter ausschliesslich Sache des Kantons. Unter dem Abschnitt „Die Behörden der Strafrechtspflege“ (Art. 6-12 StPO) ist zwar der Vermittler nicht aufgeführt. Trotzdem hat im Verfahren bei Ehrverletzungen (Art. 185-192 StPO) das Verfahren zwingend durch einen Vermittlungsversuch des zuständigen Vermittlers zu beginnen. Der Strafantrag ist nach Art. 186 Abs. 1 StPO beim Vermittleramt

einzureichen. Die Funktionen, die der Vermittler im Strafprozess ausübt, sind somit ebenfalls ausschliesslich kantonale Funktionen.

Nach Art. 94 Abs. 1 lit. a KV wird der Vermittler von den Stimmberechtigten der Gemeinden gewählt. Trotzdem hat der Vermittler keinerlei hoheitliche Befugnisse auf Gemeindeebene. Die Wahlkreiseinteilung für bestimmte Behörden sagt für sich allein nichts darüber aus, ob es sich um eine kantonale oder eine Gemeindebehörde handelt. Auch die Mitglieder des Kantonsrates werden in den Gemeinden gewählt (Art. 71 Abs. 4 KV). Sie sind trotzdem offensichtlich Mitglieder einer kantonalen Behörde.

Nach Art. 262 EG zum ZGB haftet das Gemeinwesen für Schaden, der Dritten durch Beamte, Angestellte oder Behördenmitglieder des Kantons, der Gemeinden und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursacht wird. Der Begriff des Gemeinwesens ist hier ein Oberbegriff und so zu verstehen, dass Kanton, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts je für widerrechtlich zugefügte Schäden in ihrem eigenem Wirkungskreis haften. Nachdem die Vermittler, wie oben dargelegt, im Wirkungskreis des Kantons tätig sind, ist der Kanton allenfalls für von ihnen widerrechtlich verursachten Schaden haftbar. Der Kläger hat aber die Gemeinde X. eingeklagt. Dieser fehlt nach dem Gesagten die Passivlegitimation, weshalb die Klage von E. abgewiesen werden muss.

VGP 19.05.2006

2269

Eintragung einer im Ausland geschlossenen Ehe ins Familienregister. Amtlichen Bescheinigungen aus Pakistan kommt keine grosse Beweiskraft zu.

Der in Pakistan geborene A.R. war dort ab 1973 mit der pakistanischen Staatsangehörigen B. verheiratet. Im September 1988 reiste er in die Schweiz ein und verheiratete sich 1990 mit einer Schweizerin, wobei er ein Dokument zu den Akten gab, das seine Scheidung von der pakistanischen Ehefrau B. per Juli 1990 bescheinigen sollte. Im Jahre 1994 wurde A.R. aufgrund seiner Heirat mit der Schweizerin erleichtert eingebürgert. Diese Ehe wurde im April 1996 rechtskräftig geschieden. In der Folge stellte der Beschwerdeführer beim Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst in Herisau das Gesuch, es sei seine im Dezember 1996 wiederum mit B. in Pakistan geschlossene Ehe in das Familienregister einzutragen. Diese Amtsstelle wies das Begehren ab mit der Begründung, die Abklärungen bei der Schweizerischen Botschaft in Pakistan hätten ergeben, dass die vom Gesuchsteller A.R. vorgelegten Heiratspapiere gefälscht seien. Zudem habe sich herausgestellt, dass A.R. gar nie von B. geschieden worden sei.

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist, ob der Eintrag gestützt auf die Sachverhaltsabklärungen der Schweizerischen Botschaft an Ort und Stelle und insbesondere gestützt auf den Verdacht gegen die Echtheit der vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumente und der Richtigkeit der darin bekundeten Tatsachen zu Recht verweigert wurde.

2.1 Nach Art. 32 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilregister eingetretet; diese Aufgabe obliegt nach Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über das Zivilstandswesen (VZW; bGS 212.11) in erster Instanz dem Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst. Grundsätzlich geniessen Urkunden, die von einer ausländischen Behörde ausgestellt sind, auch in der Schweiz öffentlichen Glauben und es gilt auch für ausländische Urkunden Art. 9 ZGB (*H.U. Walder*, Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, § 12 N. 17 ff., auch zum folgenden).

Immerhin ist gegen eine Dispositivurkunde, welche eine Amtshandlung einer Behörde verkörpert, der Gegenbeweis in dem Sinne möglich, dass die Unechtheit der Urkunde nachgewiesen wird. Gegen Zeugnisurkunden, durch welche ausländische Behörden Tatsachen bestätigen, ist nach Art. 9 ZGB auch der Gegenbeweis der Unrichtigkeit zulässig (vgl. *Walder*, a.a.O., N. 19/a). In Verbindung mit Art. 8 ZGB trägt deshalb grundsätzlich die Behörde die Beweislast dafür, dass eine ausländische öffentliche Urkunde unecht sein soll oder dass durch eine solche bezeugte Tatsachen unrichtig sein sollen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes darf indessen bei amtlichen Bescheinigungen, welche von pakistanischen Behörden stammen, davon ausgegangen werden, dass diesen Urkunden keine grosse Beweiskraft zukommt. Angesichts der Erfahrungen von Zivilstandsbehörden wie auch des Bundesamtes für Flüchtlinge erachtet das Bundesgericht die Annahme als vertretbar, dass die leichte Fälschbarkeit solcher Urkunden "de notoriété publique" sei. Angesichts der in Pakistan herrschenden Korruptionsgefahr sei ferner auch zweifelhaft, ob zuverlässige Zivilstandsurkunden erhältlich gemacht werden können. Diese Einschätzung der Lage in Pakistan lasse zwar den Schluss nicht zu, dass hinsichtlich amtlicher Urkunden aus diesem Land die Richtigkeitsvermutung gemäss Art. 9 ZGB generell nicht Geltung habe. Indessen könnten an den Nachweis, dass eine Eheregisterurkunde gefälscht sei und der damit bekundete Sachverhalt nicht zutrefte, keine strengen Anforderungen gestellt werden. Blosser Indizien können demnach genügen (Urteil des BGer 2A.439/1999 vom 13. Januar 2000, E. 2.d/aa, mit Hinweisen). Dabei ist präzisierend zu beachten, dass die Beweisregel von Art. 9 ZGB sich nicht auf die Echtheit der öffentlichen Urkunde bezieht. Im Bestreitungsfall ist die Authentizität zu beweisen, und zwar hat die Echtheit zu beweisen, wer aus der Urkunde Rechte ableitet (*H. Schmid*, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 21 und 33 zu Art. 9 ZGB). Bei ausländischen Urkunden ist ferner auch zu prüfen, ob diese nach dem ihre Errichtung beherrschenden fremden Recht jene Minimalvoraussetzungen erfüllt, die das Bundeszivilrecht an eine öffentliche Urkunde richtet, während es nicht entscheidend darauf ankommt, ob das ausländische Recht selber die Urkunde mit verstärkter Beweiskraft ausstattet (*H. Schmid*, a.a.O., N. 34 zu Art. 9 ZGB).

Nach Art. 5 der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.2) wirken die Vertretungen der Schweiz im Ausland beim Vollzug der Beurkundung des Personenstandes und des Eheschliessungsverfahrens mit. Sie haben namentlich ausländische Urkunden und Entscheidungen über den Zivilstand mit summarischen Übersetzungen und Beglaubigungen zu übermitteln (Abs. 1 lit. a) und ferner obliegt ihnen die Überprüfung der Echtheit ausländischer Urkunden (lit. g).

2.2 Auf den Vorhalt, er sei nie von B. geschieden worden, liess der Beschwerdeführer A.R. das Original eines Divorce Certificate einreichen. Ferner liess er mittels einer weiteren Heiratsurkunde (Nikah Nama) geltend machen, dass sich B. im Juni 1992 mit M.L. verheiratet habe. Mit einem Auszug aus einem Todesfallregister liess er schliesslich geltend machen, dass M.L. im August 1994 verstorben sei und dass B. somit im Zeitpunkt der erneuten Heirat mit A.R. verwitwet gewesen sei.

2.3 Gemäss dem bei der schweizerischen Botschaft eingeholten zweiten Amtsbericht war die behauptete Scheidung von B. auch in den pakistanischen Registern zunächst nicht verzeichnet. Diese Scheidung sei erst nachträglich, nach den Abklärungen für den ersten Amtsbericht eingetragen worden, und zwar von einer notorisch korrupten Regionalbehörde. Auch die behauptete Heirat mit M.L. sei erst nachträglich eingetragen worden. Dabei handle es sich um einen entfernten Verwandten des A.R., welcher im Jahre 1994 zwar tatsächlich an einem Unfall verstorben sei, aber nie mit B. verheiratet gewesen sei. Diese Ehe werde nur behauptet, weil nach islamischem Verständnis ein Mann seine frühere Ehefrau nur nochmals ehelichen könne, wenn diese in der Zwischenzeit selber in einer anderen Ehe gewesen sei.

2.4 Nach der oben zitierten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass gestützt auf bloss einen dieser zwei Amtsberichte noch nicht darauf geschlossen werden könnte, die Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und B. sei nie geschieden worden und bestehe ununterbrochen seit 1973 (vgl. BGer 2A.439/1999, E. 2d/bb). Angesichts der in Pakistan verbreitet herrschenden Korruption kann auch vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass pakistanische Vertrauenspersonen der Botschaft ebenfalls nicht frei von solchen Einflüssen

sind. Deshalb liessen die Vorinstanzen einen zweiten Amtsbericht einholen, wobei beide mehr oder weniger zum gleichen Ergebnis kamen. Die beiden Amtsberichte können nach dieser Rechtsprechung als Indizien neben anderen für den Vorwurf gewürdigt werden, die amtlichen Urkunden seien gefälscht bzw. die Angaben über die ehelichen Verhältnisse trafen vorliegend nicht zu; dieser Vorwurf kann jedenfalls dann als erstellt gelten, wenn sich im Folgenden ergibt, dass weitere Indizien deren Ergebnis bestätigen.

Dass der jüngere Amtsbericht das Hochzeitsdatum auf das vom Beschwerdeführer nicht bestrittene Datum im Jahre 1973 korrigiert, spricht für und nicht gegen dessen Glaubwürdigkeit; es zeigt sich darin, dass anlässlich der zweiten Abklärung auftragsgemäss zusätzliche Quellen berücksichtigt wurden und dass der zweite Bericht deshalb nicht bloss als eine Abschrift des ersten abgetan werden kann, wie dies der Beschwerdeführer glauben machen will.

(...) Entscheidend ist ohnehin, dass die vom Beschwerdeführer eingereichte Heiratsurkunde (eine True Copy, welche am 20.4.1999 gemäss Siegel und Unterschrift des Seal of the Court of Magistrate 1st Class beglaubigt wurde) auch offenkundig Falsches bescheinigt, wenn darin das Alter der Braut B. auf 34 Jahre beziffert wird, wogegen aktenkundig und unbestritten ist, dass diese 1954 geboren wurde und somit anlässlich ihrer angeblichen Hochzeit mit M.L. (im Jahre 1992) bereits 38 Jahre alt war (wie dies im übrigen in einer anderen, ebenfalls bei den Akten befindliche "True Copy" desselben Nikah Nama aus dem Jahre 1996 richtig bescheinigt wird). Gibt diese vom Beschwerdeführer eingereichte beglaubigte Kopie der Heiratsurkunde schon derart grundlegende Personendaten der angeblichen Braut falsch wieder, muss dies in Ergänzung zu den beiden Amtsberichten als zusätzliches Indiz dafür gewertet werden, dass es sich dabei um eine Fälschung handelt, welche aber eben ohne weiteres beglaubigt wurde (dass die Braut in Tat und Wahrheit drei Jahre älter war als der angebliche Bräutigam, dessen Alter auf 35 Jahre verurkundet wurde, könnte erklären, weshalb die Braut in der 1999 beglaubigten Kopie in das plausibler scheinende Heiratsalter von 34 Jahren verjüngt wurde). (...)

2.5 Angesichts dieser Indizien unterschiedlicher Herkunft kommt das Gericht im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zum Schluss, dass die angeblich am 15.6.1992 geschlossene Ehe zwischen B. und dem verstorbenen M. L. höchstens fingiert sein kann und dass in der betreffenden Ehebescheinigung (Nikah Nama) deshalb ein falscher Sachverhalt verurkundet wurde. Das Motiv dieser Falschbeurkundung dürfte darin liegen, dass erst der Status als Witwe B. die angeblich erneute Heirat des Beschwerdeführers erlaubt und diese als plausibel erscheinen lassen soll. Da der Beschwerdeführer nach der von ihm vorgelegten Scheidungsurkunde B. nämlich unwiderruflich verstossen haben will, ist ihm eine Wiederheirat nach islamischem Recht nur erlaubt, wenn seine verstossene Ehefrau zunächst einen anderen Mann geheiratet hat und sich dieser von ihr (nach Vollzug der Ehe) wieder hat scheiden lassen (vgl. *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, zu Pakistan, Stand 1.1.2003/153 Lieferung, S. 51). Für die Würdigung der übrigen im Recht liegenden Urkunden ist im folgenden nach dem Gesagten davon auszugehen, dass B. im Zeitpunkt ihrer erneuten Heirat mit dem Beschwerdeführer weder zwischenzeitlich verheiratet noch verwitwet war. Dadurch und durch weitere Indizien, welche sich aus den übrigen Urkunden selber ergeben, erhärtet sich der in den beiden Amtsberichten geäusserte Verdacht, die 1973 geschlossene Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und B. sei gar nie geschieden worden:

(Die Feststellung im zweiten Amtsbericht, dass die vorerwähnten Heiratsurkunde und auch das Divorce Certificate vom 1. August 1990 anlässlich der Erhebungen zum ersten Amtsbericht (1997) noch nicht in den entsprechenden Registern eingetragen waren, wird vom Beschwerdeführer nicht substantiiert bestritten...)

2.6 (Hinweis auf weitere Widersprüche zwischen den verschiedenen Urkunden) Unter diesen Umständen kommt das Gericht zum Schluss, dass die Vorinstanzen der Eintragung der Eheschliessung des Beschwerdeführers mit B. im Ergebnis zu Recht die Eintragung ins Familienregister verweigert haben. Denn aufgrund einer freien Beweiswürdigung gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass nach der unbestrittenen ersten Eheschliessung im Jahre 1973 die vorgelegten öffentlichen Urkunden einerseits wahrheitswidrig eine Scheidung von B. bekunden, sodann ebenfalls wahrheitswidrig deren Zwischenheirat bescheinigen (mit dem als unverheiratet verstorben registrierten M.L.) und schliesslich wird zumindest materiell wahrheitswidrig eine Wiederverheiratung des Beschwerdeführers mit der unzutreffend als

Witwe bezeichneten B. bescheinigt, wobei es sich in Tat und Wahrheit um eine Scheinheirat zwischen zwei bereits seit 1973 verheirateten Personen handelt. Die im Dezember 1996 in Pakistan ausgestellte Heiratsurkunde bekundet somit einen materiell unzutreffenden Sachverhalt (Falschbeurkundung). Als solche genügt diese ausländische Urkunde den Minimalvoraussetzungen, welche das Bundeszivilrecht an eine öffentliche Urkunde richtet, offenkundig nicht, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanzen der fälschlicherweise damit bescheinigten Heirat den Eintrag ins Familienregister verweigert haben (ob diese Heiratsurkunde allenfalls, wie die Vorinstanz annimmt, also solche auch gefälscht sein könnte, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben). Dass das ausländische Recht diese Heiratsurkunde allenfalls mit verstärkter Beweiskraft ausstattet, ist nach der eingangs zitierten Lehre und Rechtsprechung nicht entscheidend und vermag deshalb selbst gegebenenfalls an der Verweigerung der Eintragung der materiell unzutreffend bekundeten Wiederheirat einer Witwe nichts zu ändern (vgl. *Schmid*, a.a.O., N 34 zu Art. 9 ZGB).

3. An dieser Beweiswürdigung ändert nichts, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf die beiden Amtsberichte eine Verletzung seiner Gehörsansprüche geltend machen lässt. Zwar trifft zu, dass die Schweizerische Botschaft die Identität ihrer mit der Untersuchung beauftragten lokalen Vertrauenspersonen und deren Informanten in den beiden Amtsberichten nicht offen gelegt hat. Nach Lehre und Rechtsprechung zum Anspruch auf rechtliches Gehör bestehen indessen für das Akteneinsichtsrecht auch Schranken, und zwar namentlich insofern, als schutzwürdige Interessen des Staates oder berechnete Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen. Öffentliche Geheimhaltungsinteressen können etwa bei der Frage der Landesverteidigung oder der Staatsicherheit vorliegen; berechnete Geheimhaltungsinteressen Dritter können vorgehen, beispielweise soweit Familienangehörige, Auskunftspersonen oder Geschäftsgeheimnisse betroffen sind (BGE 113 Ia 4). Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht und der Offenlegung der Identität der Auskunftspersonen auf der einen und deren Verweigerung auf der anderen Seite sind im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Dabei werden bisweilen von den Auskunftspersonen, um deren Namen es geht, Vernehmlassungen eingeholt (vgl. BGer in: ZBI 93/1992, S. 363, E. 3).

3.1 (Stellungnahmen der Parteien zu den Bestechungsvorwürfen der Auskunftspersonen und Würdigung derselben)

3.2 Im übrigen ist festzustellen, dass das von der Botschaft gewählte Vorgehen in Ländern wie Pakistan üblich und durch Art. 5 Abs. 1 lit. b und g der Zivilstandsverordnung (SR 211.112.2) bedingt ist (vgl. Kreisschreiben des Eidg. Amtes für Zivilstandswesen vom 30.9.1998 an die Auslandsvertretungen, Rz. 321, und Stellungnahmen der beiden Vorinstanzen vom 25. April und 5. Mai 2006, mit Hinweis auch auf amerikanische und deutsche Quellen). Demnach wäre zwar eine Legalisation durch die Vertretung der Schweiz im Ausland selber vorzunehmen, aber dies ist faktisch deshalb nicht möglich, weil der Betrug mit pakistanischen Personenstandsurkunden weit verbreitet ist (vgl. dazu auch Website des U.S. Departements of State, <http://travel.state.gov/visa/reciprocity/Contry%20Folder/P/Pakistan.htm>). Die Schweizerische genauso wie die deutsche Auslandsvertretung in Pakistan sehen sich deshalb gezwungen, mit einem Ersatzverfahren via örtliche Vertrauensanwälte die formelle und inhaltliche Richtigkeit der Urkunden zu überprüfen (vgl. www.auswaertiges-amt.de/222.de/infoservice/download/pdf/Consulat/urk-pakistan-islamabad.pdf). Dass auch im vorliegenden Fall nur ein solches Vorgehen zielführend ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die pakistanischen Behörden selbst im Strafverfahren (betreffend versuchter Erschleichung einer falschen Beurkundung), in dem sich ähnliche Fragen stellten, sich nicht zu einer Rechtshilfe bewegen liessen. Unter solchen Umständen besteht seitens der beigezogenen Auskunftspersonen erst recht ein Geheimhaltungsinteresse, können doch diese Personen somit auch nicht mit einem Schutz vor allfälligen Repressalien durch die pakistanischen Behörden rechnen. Ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse besteht unter diesen Umständen aber vor allem auch seitens der Botschaft, weil ihr andernfalls die betreffenden Auskunftspersonen für künftige Verfahren nicht mehr zur Verfügung stehen (vgl. Kreisschreiben, a.a.O., N 321 a.E.). Dagegen vermag das Interesse des Beschwerdeführers an der Offenlegung der Identität der Informanten nicht durchzudringen. Das Interesse des Beschwerdeführers daran wiegt auch nicht mehr allzu schwer, weil er wiederholt in die schriftlich in den beiden Amtsberichten

festgehaltenen Auskünfte hat Einsicht nehmen und sich dazu hat äussern können. Dazu kommt, dass der zweite Amtsbericht auch ausdrücklich auf seinen Antrag hin eingeholt wurde. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist unter diesen Umständen nicht gegeben.

4. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Der Beschwerdeführer hat angesichts der durch verschiedene Indizien erhärteten Falschbeurkundungen keine den Minimalanforderungen des Bundeszivilrechtes genügende Urkunde vorgelegt, weshalb ihm die Eintragung der im Dezember 1996 in Pakistan verkündeten (Wieder-) Heirat mit B. zu Recht verweigert wurde. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die weiteren Voraussetzungen, wie sie Art. 32 in Verbindung mit Art. 25-27 IPRG für die Eintragung von Urkunden und Entscheidungen über den Zivilstand zusätzlich verlangt (u.a. Vereinbarkeit mit dem Ordre Public), vorliegend gegeben sind.

VGer 28.06.2006

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat (5A.3/2007).

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1 Zivilrecht

3480

Ergänzung des Scheidungsurteils im internationalen Verhältnis. Vorsorgeausgleich. Die Frage, ob eine ausländische Entscheidung lückenhaft oder ergänzungsbedürftig ist, beurteilt sich nicht nach der *lex fori*, sondern nach dem in der Sache anwendbaren Recht, *lex causae*. In Anlehnung an ein kürzlich ergangenes Urteil des Bundesgerichts (BGE 131 III 289) wird der Vorsorgeausgleich grundsätzlich dem Scheidungsstatut unterstellt. Unter Berücksichtigung der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG gelangt das Gericht jedoch zur Auffassung, dass der Sachverhalt insgesamt eine engere Beziehung zur Schweiz hat und deshalb schweizerisches Recht anwendbar ist. Das Brautgeld nach libanesischem Recht ist mit dem Vorsorgeausgleich nach schweizerischem Recht nicht vergleichbar.

Sachverhalt:

Die Parteien, welche libanesischer Abstammung sind, heirateten am 19. März 1981 in Beirut, Libanon. Der Ehe entsprossen die Tochter S., geboren 27. Juli 1983, und der Sohn K., geboren 2. Februar 1986. Im Jahre 1996 erwarben alle Familienmitglieder zusätzlich die schweizerische Staatsbürgerschaft. Am 16. Juli 2001 wurde die Ehe der Parteien vom sunnitisch religiösen Gericht in Beirut geschieden. Die Scheidung wurde von der Schweiz anerkannt und in die entsprechenden Zivilstandsregister eingetragen.

Im vorliegenden Verfahren klagt L.B.-G. auf Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils vom 16. Juli 2001 und zwar in Bezug auf die Punkte „Berufliche Vorsorge“ sowie „Güterrecht“. I.B. beantragt die Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil mit einlässlicher Begründung und entsprechenden Verweisen auf Literatur und Praxis (zu erwähnen sind hier insbesondere der Aufsatz „Schweizerischer Vorsorgeausgleich bei ausländischen Scheidungsurteilen“ von *Lukas Bopp und Pascal Grolimund*, in: *FamPra.ch* 3/2003, S. 497 ff. mit Hinweisen sowie die Entscheidungen des Bundesgerichtes vom 19. Oktober 2001 [5C.173/2001] und vom 11. Februar 2005 [BGE 131 III 289]) ausgeführt, dass das Kantonsgericht von Appenzell A.Rh. für die Ergänzung des libanesischen Scheidungsurteils zuständig und dieses nicht nur im Scheidungspunkt, sondern auch in Bezug auf die Nebenfolgen „Berufliche Vorsorge“ und „Güterrecht“ anzuerkennen sei. Weiter hat die Vorinstanz erwogen, die Frage, ob eine ausländische Entscheidung lückenhaft oder ergänzungsbedürftig sei, beurteile sich nicht nach der *lex fori*, sondern nach dem in der Sache anwendbaren Recht (*lex causae*). Für das Güterrecht ergebe sich, weil die Parteien keine Rechtswahl getroffen hätten, dass schweizerisches Recht anwendbar sei (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a IPRG). Der Vorsorgeausgleich lasse sich weder dem Unterhalts-, noch dem Güterrecht zuordnen, sondern stelle etwas eigenes, der freien Disposition der Ehegatten entzogenes, dar. Ob der Vorsorgeausgleich an das auf die Scheidung oder an das auf das Recht der Vorsorgeeinrichtung anwendbare Recht anzuknüpfen sei, sei in der Lehre umstritten. In einem kürzlich ergangenen Entscheid habe das Bundesgericht diese Frage grundsätzlich zugunsten des Scheidungsstatuts entschieden, jedoch aufgezeigt, dass jeweils unter Berücksichtigung der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG festzustellen sei, mit welchem Recht ein Sachverhalt in einem geringen bzw. einem engeren Zusammenhang stehe. Im vorliegenden Fall gelange die Ausnahmeklausel zur Anwendung, da die Parteien keine Rechtswahl getroffen hätten (Art. 15 Abs. 2 IPRG). Allein aus dem Umstand, dass die Parteien sich in ihrem

Heimatstaat Libanon hätten scheiden lassen, könne nicht auf die Vornahme einer Rechtswahl geschlossen werden. Massgebend sei vielmehr die Frage, ob die Parteien hinsichtlich ihrer Altersvorsorge auf die Anwendung eines bestimmten Rechts vertraut hätten, d.h. ob das zu beurteilende Altersguthaben vorsorgeprägend sei. Das sei hier zweifelsohne der Fall. Gemäss den Akten hätten die Parteien seit der Heirat und damit während der ganzen Dauer ihrer rund zwanzig Ehejahre immer in der Schweiz gelebt. Beide Parteien verfügten je über Guthaben in der 2. und 3. Säule. Somit seien die im Laufe der Ehe in der Schweiz geäußerten Vorsorgegelder klar „vorsorgeprägend“. Der engere Zusammenhang zum schweizerischen Recht im Sinne von Art. 15 IPRG sei demnach offensichtlich gegeben, weshalb schweizerisches Recht anwendbar sei.

Diesen Ausführungen kann das Obergericht sich vollumfänglich anschliessen und es kann somit auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Aus Sicht des Obergerichtes bleibt zu ergänzen, dass nach der überzeugenden Darstellung von *Lukas Bopp/Pascal Grolimund* (a.a.O., S. 513 ff.) unter Scheidungsstatut nicht dasjenige Recht zu verstehen ist, welches auch für den ausländischen Richter massgebend gewesen ist. Vielmehr hat der Ergänzungsrichter dasjenige Recht anzuwenden, welches er als Scheidungsrichter auf die Scheidung angewendet hätte. Die Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils bezüglich des Vorsorgeausgleichs erfolgt demnach nach jenem Recht, welches nach schweizerischem IPRG auf die Scheidung anzuwenden gewesen wäre, wenn sie im Inland durchgeführt worden wäre. Damit korrespondiert die Anknüpfung an das Scheidungsstatut auch mit den Sonderanknüpfungen der übrigen Nebenfolgen, deren Ergänzung Art. 64 Abs. 2 Satz 2 IPRG ausdrücklich dem nach unserem IPRG berufenen Recht unterstellt. Für die nachfolgend zu beurteilende Frage, ob das libanesische Scheidungsurteil vom 16. Juli 2001 in Bezug auf die Punkte „Berufliche Vorsorge“ und „Güterrecht“ lückenhaft oder ergänzungsbedürftig ist, ist somit ungeachtet der angewendeten Methode, d.h. der Anknüpfung an das Scheidungs- oder Vorsorgetatut, schweizerisches Recht anwendbar.

2.1 Der Beklagte lässt im Wesentlichen geltend machen, die Klägerin habe nach dem am 16. Juli 2001 in Beirut ergangenen Scheidungsurteil die vom Gericht gewährte Frist verpasst, um ergänzende Forderungen ihm gegenüber geltend zu machen. Dadurch habe sie rechtswirksam auf ergänzende Forderungen an ihn verzichtet. Sämtliche heutigen Ausgleichsforderungen der Klägerin seien entsprechend bereits erledigt. Ihren Ausgleichsforderungen inklusive der Forderung auf Ausgleich der BVG-Guthaben stehe die Einrede der „res iudicata“ entgegen. Bezüglich dieser erledigten Streitpunkte und der Einrede der „res iudicata“ sei ein Gutachten nach libanesischem Recht einzuholen.

Die Klägerin liess demgegenüber vorbringen, dass ein entsprechendes Gutachten bereits vorgelegt worden sei. Es sei bekanntlich zum Schluss gekommen, dass der Verzicht auf das libanesische Brautgeld eine Ergänzungsklage nach schweizerischem Recht nicht ausschliesse, da es sich dabei um systematisch verschiedene Gegenstände handle. Im Übrigen unterschlage der Beklagte, dass die Klägerin das Brautgeld mit dem Hinweis abgelehnt habe, sie wolle als eingebürgerte Schweizerin, die während der gesamten Ehedauer in der Schweiz gelebt und hier gearbeitet habe, ihre finanziellen Ansprüche dem schweizerischen Richter unterbreiten. Nach Treu und Glauben habe der Beklagte also nicht annehmen dürfen, dass sie auf diese verzichtet habe.

Die Vorinstanz hat festgestellt, das libanesische Scheidungsurteil vom 16. Juli 2001 sei ergänzungsbedürftig und gemäss dem schweizerischen Recht über die berufliche Vorsorge zu ergänzen.

2.2 Wie bereits erwähnt, bestimmt das in der Sache anwendbare Recht, ob ein ausländisches Scheidungsurteil lückenhaft und wie es zu ergänzen ist. Es bedarf insoweit eines Gleichlaufs von Tatbestand (Lückenhaftigkeit) und Rechtsfolge (Ergänzung). Im für den Vorsorgeausgleich anwendbaren schweizerischen Recht ist, sofern ein Ehegatte einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge angehört, im Scheidungsurteil zwingend eine Aussage zur Teilung der Austrittsleistung zu machen (Art. 122 ff. ZGB). Beide Parteien gehören einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an, wobei bezüglich des Beklagten festzuhalten ist, dass die Gesetzesbestimmungen über die berufliche Vorsorge auch auf seine freiwillig abgeschlossene Versicherung der 2. Säule anwendbar sind (*Baumann/Lauterburg*, in:

FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 26 zu Vorbem. zu Art. 122 - 124 ZGB). Eine Regelung über den Vorsorgeausgleich fehlt im vorliegenden libanesischen Scheidungsurteil vom 16. Juli 2001. Die Vorinstanz hat daraus geschlossen, dass das Urteil als lückenhaft und ergänzungsbedürftig gelte und es nachträglich entsprechend zu ergänzen sei, indem der Vorsorgeausgleich durchgeführt werde.

Dagegen wendet der Beklagte im Wesentlichen ein, die Klägerin habe die vom Gericht gewährte Frist verpasst, um ergänzende Forderungen ihm gegenüber geltend zu machen. Den Ausgleichsforderungen der Klägerin stehe deshalb die Einrede der „res iudicata“ entgegen.

Bei der Frage, ob das ausländische Scheidungsurteil in Bezug auf den Vorsorgeausgleich mit einer Lücke behaftet sei, kann zunächst eine rein formale Betrachtungsweise im Vordergrund stehen: Enthält das ausländische Urteil keine Regelung über den Vorsorgeausgleich, so hat es nach unserer lex causae als lückenhaft und ergänzungsbedürftig zu gelten. Der schweizerische Ergänzungsrichter ist folglich gehalten, das Urteil zu ergänzen und den Vorsorgeausgleich nachträglich durchzuführen. Allerdings kann ein von einem ausländischen Gericht vorgenommener Teilausgleich nicht völlig unbeachtet bleiben. Dieser ist vielmehr im jetzt nach schweizerischem Recht vorzunehmenden Vorsorgeausgleich zu berücksichtigen. Erfolgte beispielsweise im ausländischen Verfahren unter dem Titel Güterrecht eine Zahlung, die in etwa der Höhe der zu teilenden Austrittsleistung nach FZG entspräche, könnte die Teilung im Ergänzungsverfahren unter Berufung auf Art. 123 Abs. 2 ZGB verweigert werden. Möglich ist aber auch, dass ein bereits nach ausländischem Urteil erfolgter Ausgleich auf die der ausgleichsberechtigten Person im Scheidungszeitpunkt zustehende Ausgleichszahlung anzurechnen ist. Denkbar wäre endlich auch eine Berücksichtigung bei der Festsetzung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB. Die Beweispflicht, dass bereits im ausländischen Urteil ein im Rahmen des Ergänzungsverfahrens zu berücksichtigender Ausgleich stattgefunden hat, obliegt nach Art. 8 ZGB dem Ergänzungsbeklagten (*Bopp/Grolimund*, a.a.O., S. 520).

Im vorliegenden Fall behauptet der Beklagte gerade nicht, dass im libanesischen Scheidungsurteil bereits ein Ausgleich bezüglich der beruflichen Vorsorge erfolgt ist. Er macht vielmehr bloss geltend, ein Ausgleich erübrige sich, nachdem die Klägerin auf das ihr zustehende aufgeschobene Brautgeld verzichtet habe. Dieser Einwand ist aus verschiedenen Gründen unbehelflich. Zum einen könnte die Klägerin nach dem massgebenden schweizerischen Recht auf einen Vorsorgeausgleich nur verzichten, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise sichergestellt ist (Art. 123 Abs. 1 ZGB). Dies ist gemäss den vorliegenden Unterlagen nicht der Fall. Zum andern hat der beweispflichtige Beklagte keine Anhaltspunkte vorgebracht, dass dem aufgeschobenen Brautgeld des libanesischen Rechts eine ähnliche Funktion oder Bedeutung wie dem schweizerischen Vorsorgeausgleich zukommt. Eine solche lässt sich im Übrigen weder dem Gutachten des Mufti der libanesischen Republik vom 6. Februar 2003 noch demjenigen des Schweizerischen Institutes für Rechtsvergleichung vom 19. Oktober 2001, entnehmen. Das erstaunt insofern nicht, als das aufgeschobene Brautgeld von fünfzigtausend libanesischen Pfund zwischen dem Beklagten und dem Vater der Klägerin im Zuge der Eheschliessung bereits am 19. März 1981 vereinbart wurde. Demgegenüber kennt das schweizerische Recht den obligatorischen Vorsorgeausgleich erst seit dem 1. Januar 2000. Entsprechende Regelungen in anderen Rechtsordnungen sind - abgesehen von Deutschland - ebenfalls jüngeren Datums (siehe dazu die Übersicht bei *Rüetschi/Egli*, in: FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 104 ff. zu Vorbem. zu Art. 122 - 124 ZGB). Das zeigt, dass die Idee des Vorsorgeausgleiches eindeutig jüngeren Datums ist. Der Versuch, die Natur und den Charakter des Brautgeldes, zum Teil auch Morgengabe („Mohar“) genannt, zu erschliessen, zeigt weiter, dass dieses eine Zahlung mit speziellem Charakter ist und in der schweizerischen Rechtsordnung kein Pendant hat. *Bergmann/Ferid* (Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Teilband VIII, Libanon, S. 19) führen zum Beispiel aus: „Die Morgengabe ist ein Heiratsgeld, das der Mann der Frau zu zahlen hat. Die Morgengabe ist Eigentum der Frau. ... Es ist schwierig, die Verpflichtung zur Morgengabe juristisch einzustufen. Sie könnte als eine Ehevoraussetzung angesehen werden, denn eine Heirat ohne Morgengabe ist nicht denkbar, und sollten die Ehegatten sie nicht vereinbart haben, gilt die standesgemässe Morgengabe; sie könnte aber auch unter die Ehewirkungen klassifiziert

werden, denn das Fehlen der Morgengabe im Ehevertrag führt nicht zur Ungültigkeit der Ehe.“ Unter dem Kapitel „Libanon“ verweisen *Bergmann/Ferid* (a.a.O., S. 21 und 25) auf die Darlegungen zu Israel. Dort (a.a.O., Teilband VI, S. 115) wird das Brautgeld („Mohar“) als Geldsumme umschrieben, die die Frau zu ihrer materiellen Sicherheit später bei einer Scheidung oder beim Vorversterben ihres Mannes erhält. Dass das Brautgeld nach libanesischem Recht mit dem Altersvorsorgeausgleich und auch mit dem Vermögensausgleich nach schweizerischem Recht nicht vergleichbar ist, ergibt sich schliesslich aus den unterschiedlichen Charakteren der einzelnen Leistungen: Bei den Instituten des Vorsorge- und des Vermögensausgleiches nach schweizerischem Recht handelt es sich um eine im Nachhinein zu ermittelnde Beteiligung der Ehegatten am konkreten finanziellen Erfolg der Ehe und nicht um eine im Voraus festgesetzte Abfindung wie beim Brautgeld des sunnitisch islamischen Rechts.

Das erkennende Gericht ist demnach gehalten, das Urteil zu ergänzen und den Vorsorgeausgleich nachträglich durchzuführen. Von der Einholung eines weiteren Gutachtens beim Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne kann abgesehen werden.

2.3 Kommt über die Teilung der Austrittsleistungen sowie die Art der Durchführung der Teilung keine Vereinbarung zustande, entscheidet das Gericht über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind. Den rechtskräftigen Entscheid über das Teilungsverhältnis überweist das Gericht sodann von Amtes wegen an das zuständige Gericht (Art. 142 ZGB).

Dem vorinstanzlichen Urteil ist zu entnehmen, dass die Klägerin den vom Alterskonto des Beklagten an ihre Einrichtung der beruflichen Vorsorge zu überweisenden Betrag auf Fr. 25'964.- beziffert habe. Der Beklagte sei bei seiner Behauptung geblieben, der Klägerin stehe infolge Verzichts kein Anspruch mehr zu. Da keine Einigung der Parteien vorliege, habe das Gericht über das Teilungsverhältnis zu entscheiden. Dabei gehe es vom Grundsatz der hälftigen Teilung im Sinne von Art. 122 ZGB aus, von dem nur abzuweichen sei, wenn diese offensichtlich unbillig sei. Die offensichtliche Unbilligkeit des Art. 123 Abs. 2 ZGB könne nicht in einem allgemeinen Ungleichgewicht der finanziellen Kapazitäten der Parteien liegen, sondern müsse von einer speziellen und qualifizierten vorsorgerechtlichen Unbilligkeit handeln, welche es ausnahmsweise rechtfertige, von der Teilung ganz oder teilweise abzusehen. Der Beklagte verfüge per Datum der Scheidung über eine deutlich höhere Austrittsleistung als die Klägerin. Dass die Teilung der Vorsorge auf der Seite des Beklagten zu einer Verschlechterung führe, sei systemimmanent und zu tolerieren und könne daher für sich allein nicht schon als offensichtlich unbillig qualifiziert werden. Im vorliegenden Fall liege auch kein Verzicht der Klägerin auf ihren Anspruch vor, weil zum einen eine Regelung des Vorsorgeausgleichs im libanesischen Scheidungsurteil kein Thema gewesen sei. Zum andern wäre ein Verzicht bzw. eine Vereinbarung über einen Verzicht ohnehin ausgeschlossen, weil gemäss den vorliegenden Unterlagen die Vorsorge der Klägerin auch mit der Teilung nicht ausreiche.

Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Austrittsleistungen der Parteien hälftig zu teilen sind und diese Teilung vom Verwaltungsgericht Appenzell A.Rh. vorzunehmen ist (Art. 25a FZG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 BVG).

OGer 20.06.2006

3481

Urteilsänderung. Bedarf des Unterhaltspflichtigen. Zeitpunkt des Inkrafttretens. Auch bei knappen Verhältnissen können die Steuern im Bedarf des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt werden, sofern diese tatsächlich bezahlt werden. Bei auf Dauer angelegten Unterhaltsbeiträgen wird bei einer Einzelperson grundsätzlich von monatlichen Wohnkosten in Höhe von Fr. 1'100.--, inkl. Nebenkosten, ausgegangen. Beim Notbedarf des Unterhaltsverpflichteten sind die Kosten für die Wochenend- und Ferienbesuche der Kinder zu berücksichtigen, sofern im Scheidungsurteil keine von der allgemeinen Regel abweichende Übung festgehalten wurde und

sodern das Besuchsrecht tatsächlich ausgeübt wird. Die konkreten Umstände können es rechtfertigen, die Wirkungen einer Abänderung auf einen Zeitpunkt nach der Anhängigmachung der Klage festzusetzen.

Sachverhalt:

Die Ehegatten M.S.-P. und G.S. wurden mit Urteil des Bezirksgerichtes Wil (heute Kreisgericht Altotoggenburg-Wil) vom 3. Juli 2002 geschieden. In Ziff. 4 des Scheidungsurteils wurde der Kläger verpflichtet, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils an den Unterhalt der Kinder J., geb. 16. Juli 1995, und S., geb. 02. Oktober 1999, bis zu deren Volljährigkeit oder bis zum ordentlichen Abschluss einer Erstausbildung monatliche und monatlich vorauszahlbare Beiträge in der Höhe von je Fr. 950.--, zuzüglich Kinderzulagen, zu bezahlen. Ferner wurde der Kläger in Ziff. 5 lit. a des Scheidungsurteils verpflichtet, an den Unterhalt der Ehefrau bis zum 31. Dezember 2010 monatlich und monatlich vorauszahlbar Fr. 1'660.-- zu bezahlen, sowie monatlich und monatlich im Voraus Fr. 850.-- vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2015. Praxisgemäss wurden die Unterhaltsbeiträge indexiert. Dabei ging das Gericht von einem Netto-Einkommen des Ehemannes von Fr. 6'793.-- und einem effektiven Unterhaltsbedarf der Beklagten von monatlich Fr. 3'296.-- aus. Den ungedeckten Notbedarf der Beklagten bezifferte das Gericht auf Fr. 1'636.--.

Mit Schreiben datiert 28. Juli 2003 beantragte der Kläger eine Änderung des Scheidungsurteils im Sinne der eingangs gestellten Rechtsbegehren. Dieses Begehren begründete er damit, dass sein Arbeitgeber weniger Lohn zahle (keine Überstunden- und Überzeitenschädigung mehr) und er entsprechend weniger Geld zur Verfügung habe. Nachdem der Kläger zwischenzeitlich arbeitslos war, ist er seit Juli 2005 bei der T. AG in M. angestellt. Die Beklagte selbst erzielt bis heute kein eigenes Einkommen.

Aus den Erwägungen:

1. Vorliegend verlangt der Kläger sowohl eine Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge als auch der persönlichen Beiträge an die Beklagte selber. Wie es sich - bei engen finanziellen Verhältnissen - mit der Konkurrenz zwischen dem Anspruch auf Kinderunterhaltsbeiträge und den Frauenalimenten verhält, wird nachfolgend noch aufzuzeigen sein.

Nach Art. 129 Abs. 1 ZGB kann eine Unterhaltsrente für den Ehegatten herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden, wenn eine erhebliche und dauernde Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Seiten des Unterhaltsschuldners bzw. des Unterhaltsgläubigers vorliegt. Eine Verbesserung der Verhältnisse auf Seiten der unterhaltsberechtigten Person ist nur dann zu berücksichtigen, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen kann auf einer Abnahme des Einkommens oder einer Zunahme des Bedarfs beruhen (*Ingeborg Schwenger*, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 9 zu Art. 129 ZGB). Als Regel gilt, dass entsprechende Veränderungen nur beachtlich sind, wenn sie nicht freiwillig (oder gar in der Absicht, den Unterhaltsanspruch zu schmälern) herbeigeführt wurden; der Unterhaltspflichtige soll die Folgen der seine Lebensführung betreffenden Entscheide selbst tragen und nicht auf seine Unterhaltsgläubiger abwälzen (*Heinz Hausheer/Annette Spycher*, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2001, N. 09.131).

Gemäss Art. 134 Abs. 2 ZGB richten sich die Voraussetzungen für die Änderung des Kinderunterhaltsbeitrages nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Entsprechend bestimmt Art. 286 Abs. 2 ZGB, dass das Gericht auf Antrag eines Elternteils bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse den Unterhaltsbeitrag neu festsetzt. Erheblich ist eine Veränderung der Verhältnisse, wenn sie die nach Art. 285 ZGB massgebenden Parameter der Beitragsbemessung betrifft und im Hinblick auf die Berechnung des Unterhaltsbeitrages bezüglich Dauer und Ausmass von Gewicht ist. Nicht erforderlich ist die fehlende Voraussehbarkeit der Veränderung im Zeitpunkt der ursprünglichen Festlegung der Unterhaltsbeiträge, soweit der Veränderung tatsächlich nicht Rechnung getragen worden ist (*Stephan Wullschleger*, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 5 zu Art. 286 ZGB; *Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus*, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 23 zu Art.

134 ZGB; BGE 128 III 305, 310). Sie dient keineswegs der Korrektur des Scheidungsurteils, sondern dessen Anpassung an die aktuelle Situation (Urteil des Bundesgerichtes vom 30. April 2004, Entscheid 5C.197/2003, E. 2.1). Dieser strengen Rechtsprechung liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein Elternteil gegenüber seinem Kind alles in seiner Macht stehende zu unternehmen hat, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Insbesondere ist auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht leichthin zu verzichten und ist dem Unterhaltsschuldner auch die An- oder gar Aufzerrung seines Vermögens zuzumuten (*Heinz Hausheer/Annette Spycher*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 09.43).

2. Die Einkommenseinbusse des Klägers beträgt gegenüber den Verhältnissen im Zeitpunkt der Scheidung Fr. 1'204.45 (Fr. 7'133.15 ./. Fr. 5'928.70) oder gut 17 %. Angesichts der Tatsache, dass mit dem Einkommen des Klägers der Bedarf von vier Personen, welche in zwei unabhängigen Haushalten leben, gedeckt werden sollte, besteht kein Zweifel an der Erheblichkeit der Einbusse. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist diese auch als dauerhaft zu betrachten. Im Übrigen enthalten die Akten des Scheidungsverfahrens keine Anhaltspunkte dafür, dass mit einer namhaften Veränderung bei den Einkommensverhältnissen zu rechnen war, diese also voraussehbar gewesen oder gar schon berücksichtigt worden wäre.

In einem nächsten Schritt bleibt zu prüfen, ob der Kläger auch unter den neuen finanziellen Gegebenheiten in der Lage ist, den Beitrag an den Unterhalt der Beklagten in der im Scheidungsurteil festgesetzten Höhe zu bezahlen oder ob aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit allenfalls eine Reduktion der Rente notwendig ist. Die Leistungsfähigkeit ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Bedarf, ermittelt auf der Basis des betriebsrechtlichen Existenzminimums, und Nettoeinkommen (BGE 123 III 1 ff.; *Stephan Wullschleger*, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 40 zu Art. 285 ZGB).

3. Die Positionen Grundbedarf, Krankenkasse, Hausrats- und Haftpflichtversicherung, Berufsauslagen (soweit sie die auswärtige Verpflegung betreffen), Ausgaben für Kommunikation sowie die Steuern wurden von keiner Seite beanstandet und können somit für die Berechnung des gerichtlichen Notbedarfs vom Obergericht übernommen werden.

Allerdings drängt sich eine Bemerkung zur Berücksichtigung der Steuerbelastung auf: In der neueren Praxis hat das Bundesgericht bei knappen finanziellen Verhältnissen die Steuern regelmässig ausgeklammert (vgl. BGE 126 III 353; 127 III 68, 70; 127 III 289, 292), was deshalb heikel erscheint, weil der Fiskus daran nicht gebunden ist (vgl. BGE 122 I 101 ff.) und manchmal noch recht spürbare Abgaben verlangt, worauf dem Unterhaltsschuldner schliesslich doch deutlich weniger als das Existenzminimum verbleibt. Diese Praxis ist in der Lehre denn auch kritisiert worden (*Cadosch*, ZBJV 2001, S. 145, 149 f.; *Heinz Hausheer/Annette Spycher*, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2001, N. 05.91; *Daniel Steck*, FamPra.ch 4/2002, S. 836 ff.). Im Übrigen hat es sogar das Bundesgericht in einem Entscheid vom 1. Juli 2002 (Urteil 5P.119/2002) nicht als willkürlich bezeichnet, wenn die Vorinstanz in einem ausführlich begründeten Entscheid von der bundesgerichtlichen Praxis, dass die laufenden Steuern bei der Berechnung des familienrechtlichen Grundbedarfs nicht zu berücksichtigen sind, abgewichen ist. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich nach Auffassung des Obergerichtes, diese Position im Notbedarf zu belassen, da der Kläger die Steuern in der Vergangenheit gemäss eigenen Angaben an Schranken jeweils beglichen hat.

4. Umstritten beim Bedarf sind die Ausgaben für das Wohnen und den Arbeitsweg. Ausserdem beansprucht der Kläger für den Fall, dass seinem Motorfahrzeug keine Kompetenzqualität zugebilligt wird, die Abgeltung der Kosten, die ihm durch das Abholen und Zurückbringen der Kinder an den Besuchswochenenden entstehen.

Wohnkosten

Der effektive Mietzins von G.S. für die 2.5 Zimmer-Wohnung in U. beträgt Fr. 970.--, inklusive Nebenkosten. Das Kantonsgericht ist davon ausgegangen, dass die Kinder an den Besuchswochenenden in Zukunft mehr Platz beanspruchen werden und ein Wechsel in eine etwas grössere und damit auch teurere Wohnung absehbar sei. Gestützt darauf hat es dem Kläger für das Wohnen den für eine Einzelperson üblichen Betrag von Fr. 1'100.-- (inklusive Nebenkosten) zugebilligt. Der Rechtsvertreter der Beklagten hält dafür, dass es dem Kläger

aufgrund des angerechneten Mietzinses von monatlich Fr. 1'100.-- ohne weiteres möglich wäre, in der Nähe des Arbeitsortes eine geeignete Wohnung zu beziehen und somit seine Arbeitswegkosten massiv zu senken.

Diese Rechtsprechung der Vorinstanz wird von der Lehre und Praxis gestützt. So führen zum Beispiel *Heinz Hausheer und Annette Spycher* (Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 02.34) aus, dem Umstand, dass ein Beteiligter vorübergehend besonders kostengünstig lebe, sei nur beschränkt Rechnung zu tragen: Zumindest dann, wenn eine Unterhaltsberechnung auf Dauer angelegt und eine nachträgliche Abänderung nicht möglich sei, müsse der im Normalfall, d.h. für einen eigenen Haushalt benötigte und nicht der tatsächliche, tiefere Mietzins eingesetzt werden. Ob die Einsparung im Einzelfall darauf zurückzuführen sei, dass der Betreffende sich die Wohnkosten mit einer anderen Person teile oder sich besonders einschränke, dürfe keine Rolle spielen. Die Anrechnung lediglich der halben Miet- und anderen Wohnkosten sei deshalb ausserhalb der Verfahren nach Art. 176 und 145 ZGB (heute Art. 176 und 137 ZGB) unzulässig, es sei denn, man ermögliche die spätere Anpassung durch das Anbringen eines entsprechenden Vorbehalts.

Beim vorliegenden Abänderungsverfahren geht es klarerweise nicht um vorübergehende, sondern um langfristig geltende Anordnungen. In einem den Kanton Luzern betreffenden Entscheid (Urteil des Bundesgerichtes 5C.296/2001 vom 12. März 2002, E. 2 lit. c/bb) hat das Bundesgericht eine vergleichbare Ermessensbetätigung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, klar als mit Bundesrecht vereinbar bezeichnet. Dem ist beizupflichten. Eine Anrechnung lediglich des halben Mietzinses und des halben Grundbetrages für ein Ehepaar wäre demgegenüber in Betracht zu ziehen, wenn der Kläger mit einer neuen Partnerin eine eheähnliche Lebensgemeinschaft bilden würde (Urteil des Bundesgerichtes 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003, E. 3; BGE 128 III 159, E. 3b). Das ist gemäss den Angaben des Klägers im Instruktionsverfahren jedoch nicht der Fall. Kommt hinzu, dass das Besuchsrecht regelmässig ausgeübt wird (Angaben an Schranken). Entgegen den Ausführungen des beklaglichen Rechtsvertreters kann der Kläger seine Lebenshaltungskosten nach Meinung des Obergerichts auch nicht durch einen Wechsel des Wohnortes, näher zum Arbeitsort hin, senken, weil die Mietzinse am rechten Ufer des Zürichsees, der sogenannten Goldküste, erfahrungsgemäss überdurchschnittlich hoch sind.

Zusammenfassend bleibt es also bei den bereits von der Vorinstanz berücksichtigten Wohnkosten von monatlich Fr. 1'100.--.

Transportauslagen an den Besuchswochenenden

Der Kläger macht geltend, ihm würden zusätzliche, bisher nicht berücksichtigte Kosten anfallen, weil er die beiden Kinder zur Ausübung des Besuchsrechtes in O. abholen und wieder zurückbringen müsse.

Die Besuchskosten (Fahrtkosten, Verpflegung) fallen regelmässig dem Besuchsberechtigten zur Last. Die Tragung dieser Kosten berechtigt grundsätzlich nicht zur Kürzung der Kinderunterhaltsbeiträge, es sei denn, die Dauer des Aufenthaltes des Kindes beim besuchsberechtigten Unterhaltspflichtigen würde das Übliche weit überschreiten. Ist der Besuchsberechtigte allerdings mangels eigener Leistungsfähigkeit nicht zum Kinderunterhalt verpflichtet, müssen die Besuchskosten für das Kind als Teil des Kinderunterhalts vom Unterhaltspflichtigen getragen werden (*Ingeborg Schwenger*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2002, N. 20 zu Art. 273 ZGB).

Das Besuchsrecht, welches dem Kläger vorliegend zweimal pro Monat von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zusteht, bewegt sich im üblichen Rahmen. Die Kosten der Besuchswochenenden können also nicht auf die Unterhaltsberechtigten abgewälzt werden. Auf der andern Seite ist es eine Tatsache, dass diese Kosten im Notbedarf des Klägers bislang keine Beachtung gefunden haben. In einem Entscheid vom 11. Oktober 2005 (7B.145/2005) hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kosten für die Wochenend- und Ferienbesuche des Sohnes in der betriebsrechtlichen Notbedarfsberechnung eines geschiedenen Vaters berücksichtigt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass im Scheidungsurteil nicht eine von der oben geschilderten Übung abweichende Regelung festgehalten wurde und dass das Besuchsrecht tatsächlich ausgeübt wird. Der Behauptung des Klägers, dass die Besuche

regelmässig stattfinden, hat die Beklagte vorliegend nicht widersprochen und im Scheidungsurteil finden sich keine speziellen Anordnungen bezüglich der Tragung der Besuchskosten. Vor diesem Hintergrund erscheint es dem Obergericht als angemessen, den regelmässigen Auslagen an den Besuchswochenenden beim Notbedarf des Klägers Rechnung zu tragen.

Die Kinder der Parteien sind heute 11 und knapp 7 Jahre alt. In diesem Alter kann ihnen nach Meinung des Obergerichtes noch nicht zugemutet werden, den Weg zwischen den Wohnorten ihrer Eltern mit öffentlichen Verkehrsmitteln allein zu bewältigen, umso mehr als sie dabei zweimal umsteigen müssen. Das kann je nach Entwicklung erst in ca. 2-3 Jahren erwartet werden. Ein halbes Billet von U. SG nach O. SG kostet für die Hin- und Rückfahrt rund Fr. 40.--. Pro Besuchswochenende fallen also Kosten von rund 80 Franken und pro Monat somit von rund 160 Franken an. Mit der Juniorcard (Fr. 20.-- pro Jahr und Kind) können die Kinder ihren Vater gratis begleiten. Zu beachten ist indes, dass das Besuchsrecht wegen Feiertagen, Ferien etc. auch einmal ausfallen kann. Gesamthaft gesehen erscheint es demnach als angemessen, diesen Auslagen mit einer Pauschale von 150 Franken pro Monat Rechnung zu tragen.

Übersicht

Nach dem Gesagten berechnet sich der monatliche Bedarf des Klägers wie folgt:

Fr. 1'100.-- Grundbedarf
Fr. 1'100.-- Wohnkosten
Fr. 150.-- Krankenkasse, abzüglich Prämienverbilligung
Fr. 29.-- Hausrats- und Haftpflichtversicherung
Fr. 217.-- Berufsauslagen (auswärtige Verpflegung)
Fr. 150.-- Arbeitswegkosten (öffentlicher Verkehr)
Fr. 150.-- Auslagen für Besuchswochenenden (öffentlicher Verkehr)
Fr. 100.-- PTT/TV
Fr. 250.-- Steuern
Fr. 2'240.-- Kinderunterhaltsbeiträge zuzüglich Kinderzulagen
Fr. 5'486.-- insgesamt

5. Aus der Gegenüberstellung des Erwerbseinkommens des Klägers (monatlich Fr. 5'928.70 netto inkl. Anteil 13. Monatslohn und Kinderzulagen, ohne Firmenparkplatz) mit dem soeben ermittelten klägerischen Notbedarf resultiert ein Überschuss von Fr. 442.--.

Mit Scheidungsurteil vom 3. Juli 2002 wurde der Kläger verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2010 einen Beitrag von Fr. 1'660.-- bzw. vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2015 einen solchen von Fr. 850.-- an den Unterhalt von M.S.-P. zu bezahlen. Aufgrund der neuen finanziellen Situation des Klägers würde dies heute einen Eingriff in sein geschütztes Existenzminimum bedeuten. Entsprechend ist das Urteil des Bezirksgerichtes Wil (heute Kreisgericht Altotgenburg-Wil) vom 3. Juli 2002 abzuändern und den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen anzugleichen. Angemessen erscheint es, den Kläger zu verpflichten, der Beklagten bis 31. Dezember 2015 eine durchgehende Rente von Fr. 450.--, was dem Überschuss zwischen Einkommen und Notbedarf entspricht, zu bezahlen.

6. Das Kantonsgericht hat den reduzierten Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab Rechtskraft seines Urteils festgesetzt. Die Parteien haben dagegen nicht opponiert.

Sind die Voraussetzungen einer Abänderung erfüllt, hat das Gericht diese grundsätzlich mit Wirkung ab Datum der Rechtshängigkeit der Klage anzuordnen. Ein Abstellen auf den Urteilszeitpunkt rechtfertigt sich in der Regel nicht, weil Gläubiger und Schuldner ab Klageanhebung mit der Rückerstattung bzw. Erhöhung ihrer Verpflichtung rechnen und sich darauf einrichten müssen. Ausnahmen sind denkbar, wenn die Rückerstattung dem Gläubiger nicht zumutbar ist (*Annette Spycher/Urs Gloor*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl. 2002, N. 24 zu Art. 129 ZGB mit Verweis auf Pra. 1992, S. 675 f.). Gleiches muss ausnahmsweise gelten für den Fall, dass - bei einer Erhöhung oder Neufestsetzung - dem Schuldner die Nachzahlung nicht zugemutet werden könnte. Die Zusprechung der Abänderung auf einen früheren Zeitpunkt ist nicht zulässig, weil der Gläubiger nicht mit einer Rückerstattung

rechnen muss, solange der Schuldner seinen Herabsetzungsanspruch nicht mittels Klage geltend macht bzw. im Fall von Art. 129 Abs. 3 ZGB der Schuldner vorher nicht mit einer Erhöhung seiner Unterhaltspflicht rechnen muss (*Annette Spycher/Urs Gloor*, a.a.O.; a.A. *Ingeborg Schwenger*, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 47 f. zu Art. 129 ZGB). Die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen während des hängigen Abänderungsprozesses mittels einer vorsorglichen Massnahme - gestützt auf Art. 137 Abs. 2 ZGB - ist lediglich bei zeitlicher Dringlichkeit und Vorliegen besonderer Umstände zulässig (BGE 118 II 228, Pra. 1992, S. 675 f.).

Die vorliegende Abänderungsklage ist bereits am 30. Juli 2003 beim Kantonsgericht anhängig gemacht worden. Von Anfang 2004 bis ca. Mitte 2005 war das Verfahren wegen der Arbeitslosigkeit des Klägers vorläufig sistiert worden. Mit vorsorglicher Massnahmeverfügung vom 8. August 2004 reduzierte der Kantonsgerichtspräsident die Rente an die Beklagte auf Fr. 1'200.-- ab Mai 2004. Am 6. September 2005 änderte er die Massnahmeverfügung vom 8. August 2004 ab und verpflichtete den Kläger, der Beklagten von Januar bis März 2005 eine Rente von Fr. 450.--, von April bis Juni 2005 von Fr. 675.-- und ab Juli 2005 von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.

Das Obergericht erachtet weder das Abstellen auf den Zeitpunkt, in dem die Klage anhängig gemacht wurde, noch denjenigen, an dem es sein Urteil fällt, als angemessen. Bei einer Rückwirkung auf die Einreichung der Klage würde dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass der Kantonsgerichtspräsident der Einkommenseinbusse des Klägers bereits durch zwei vorsorgliche Massnahmeverfügungen Rechnung getragen hat. Wenn das zweitinstanzliche Urteilsdatum massgeblich wäre, würde das bedeuten, dass der Kläger rund Fr. 8'250.-- zuviel geleistet hätte (ab 1. Juli 2005 hatte er gemäss der zweiten vorsorglichen Massnahmeverfügung nämlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.-- zu bezahlen) resp. dass in diesem Umfang in sein Existenzminimum eingegriffen worden wäre. Ausgehend vom Umstand, dass das Einkommen von G.S. seit Juli 2005 stabil ist, scheint es vielmehr angebracht, von diesem Zeitpunkt auszugehen. Demzufolge ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten den reduzierten Unterhaltsbeitrag von Fr. 450.-- pro Monat rückwirkend ab 1. Juli 2005 zu leisten.

OGer 11.07.2006

3482

Eheschutzverfahren. Verhältnis zu einer vorgängig erlassenen polizeilichen Wegweisungsverfügung.

Sachverhalt:

Die Parteien sind seit dem 21.06.1997 verheiratet. Sie sind Eltern des Kindes P., geboren am 04.09.1998.

Am 07.08.2004 kam es in der Wohnung der Parteien zu einer Intervention der Kantonspolizei Appenzell A.Rh. wegen häuslicher Gewalt. Die Gesuchsgegnerin wurde weggewiesen und mit einem 10-tägigen Rückkehrverbot belegt. Mit Schreiben vom 11.8.2004 stellte der Ehemann ein Gesuch um Erlass von Eheschutz-Massnahmen.

Aus den Erwägungen:

Der Klarstellung diene, dass die im Rahmen der polizeilichen Wegweisungsverfügung erfolgte Wohnungszuteilung für den Zivilrichter nicht verbindlich ist. Es mag zwar sein, dass die Wohnung auch im Rahmen des Eheschutzverfahrens in der Regel der von der Gewalt betroffenen Person zuzuteilen ist (*Cabernard/Vetterli*, Die Anrufung des Zivilgerichts bei häuslicher Gewalt; Ein Beitrag zur Umsetzung des st. gallischen Polizeigesetzes, FamPra 2003,

S. 591). Dies ist dann aber Folge der vom Eheschutzrichter vorzunehmenden Interessenabwägung und nicht Ausfluss eines gesetzlichen Automatismus.

Die Rechtmässigkeit der polizeilichen Wegweisungsverfügung ist - auf Antrag des Betroffenen hin - vom Einzelrichter des Verwaltungsgerichts zu prüfen. Der Eheschutzrichter hat diesbezüglich keine Kompetenzen. Trotzdem ist dazu ausnahmsweise Stellung zu nehmen. Hintergrund dafür ist, dass die einstweilige einzelrichterliche Verfügung der polizeilichen Wegweisungsverfügung inhaltlich diametral gegenübersteht. Es geht hier darum, das durch die polizeiliche Verfügung gezeichnete Bild von Gut und Böse, auf das im Verfahren immer wieder zurückgegriffen worden ist, zu relativieren.

Die Kantonspolizei hat in ihrem Rapport festgehalten, dass beide Ehegatten verletzt worden seien. Beide Ehegatten haben gegenüber der Polizei auch zugegeben, den Anderen geschlagen zu haben. Beide berufen sich auf Rechtfertigungsgründe (Ehemann: Reflex; Ehefrau: Notwehr). Der Gesuchsteller hat die gravierenderen Verletzungen aufgewiesen als die Gesuchsgegnerin. Dies ist der relevante Sachverhalt. Fakt ist also, dass beide Ehegatten geschlagen haben (im Polizeirapport wurden denn auch beide Parteien sowohl als gewaltausübende als auch als gewaltbetroffene Person bezeichnet). Wenn vor diesem Hintergrund allein die Ehefrau in die Täterrolle gedrängt worden ist, ist dies nicht nachvollziehbar. Es kann nicht sein, dass der Merksatz "Wer schloht, dä goht" verändert wird in "Wer blüetet, dä bleibt". Dies lässt sich nicht auf die einschlägigen Bestimmungen des Polizeigesetzes stützen. Diese sind auf die einseitige Gewaltanwendung ausgerichtet (*P. Frei*, Wegweisung und Rückkehrverbot nach st. gallischem Polizeigesetz, AJP 2004, S. 556 f.). Bei wechselseitiger Gewaltanwendung darf nicht nach dem Zufallsprinzip ein Schuldiger bestimmt werden. Im vorliegenden Fall wäre im Übrigen eine Wegweisungsverfügung nicht notwendig gewesen, weil sich die Ehefrau freiwillig bereit erklärt hat, vorübergehend bei ihren Eltern zu wohnen. Bei dieser Konstellation ist eine Wegweisungsverfügung aber nicht nur nicht notwendig, sondern sogar unzulässig, weil es an der Voraussetzung der Subsidiarität fehlt (dazu *P. Frei*, a.a.O., S. 550 f.).

KGP 26.11.2004

3483

Unterhaltsbedarf von Kindern - neue Praxis der Einzelrichter des Kantonsgerichts

Gemäss langjähriger Praxis wird von den ausserrhodischen Gerichten der Bedarf der Kinder anhand der Empfehlungen des Zürcher Jugendamtes bestimmt (vgl. auch AR GVP 2000 Nr. 3355). Die Ansätze in der per 1. Januar 2007 aktualisierten Tabelle (http://www.lotse.zh.ch/documents/ajb/fj/allg/durchschnittlicher_unterhaltsbed_tabelle_2007.pdf) sind gemäss der in der Ostschweiz herrschenden Ansicht indessen für die hiesigen Verhältnisse zu hoch und daher zu reduzieren. So sind zum Beispiel die Wohnkosten im Kanton Appenzell A.Rh. erheblich tiefer als im Kanton Zürich. Um dem hiesigen Lebenskostenniveau gerecht zu werden, gehen die Einzelrichter des Kantonsgerichts gemäss ihrer neuen Praxis - analog der Walliser Rechtsprechung - von einer **generellen Reduktion von 30 %** aus. Im Gegensatz zu der im Jahre 2000 publizierten Praxis werden die Unterhaltsbeiträge sodann nicht nur nach Anzahl Kinder und Lebensalter des Kindes/der Kinder, sondern neu auch nach dem konkret zur Verfügung stehenden Einkommen abgestuft und zwar nach folgenden Überlegungen:

Den Zürcher Tabellen liegt ein Referenzeinkommen von rund Fr. 7'200.-- zugrunde. Verdienen die Eltern weniger oder mehr, sind die Beträge proportional zur Höhe des Einkommens anzupassen, wobei eine maximale Reduktion von 25 % zulässig ist. Aus Praktikabilitätsgründen werden nun Einkommensgruppen gebildet: Für Einkommen, die 25 % unter dem Referenzeinkommen liegen, d.h. für Einkommen unter Fr. 5'900.-- gilt einheitlich ein Reduktionssatz von 25 %. Für Einkommen zwischen Fr. 5'900.-- bis Fr. 6'800.-- ist der halbe

Maximalsatz der Reduktion anzuwenden, d.h. 12.5 %. Für Einkommen im Bereich des Referenzeinkommens (zwischen Fr. 6'800.-- bis Fr. 7'600.--) ist keine Anpassung vorzunehmen. Für Einkommen zwischen Fr. 7'600.-- bis Fr. 8'300.-- ist eine Erhöhung um 10 %, für Einkommen zwischen Fr. 8'300.-- bis Fr. 9'100.-- um 20 %, für Einkommen zwischen Fr. 9'100.-- bis Fr. 9'800.-- um 30 % und für Einkommen von Fr. 9'800.-- bis Fr. 10'500.-- eine Erhöhung um 40 % vorgesehen.

Tabellarisch umgesetzt sieht das folgendermassen aus:

Barbedarf mit Reduktion nach Einkommen

| Barbedarf mit Reduktion | | 30% | | | | | |
|--------------------------------|--------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| | <5'900 | 5900-6800 | 6800-7600 | Einkommen | 8300-9100 | 9100-9800 | 9800-10500 |
| | 75% | 87.5% | 100% | 7600-8300 | 120% | 130% | 140% |
| Einzelkind | | | | | | | |
| 1.-6. | 667 | 778 | 889 | 978 | 1067 | 1156 | 1245 |
| 7.-12. | 751 | 876 | 1001 | 1101 | 1201 | 1301 | 1401 |
| 13.-18. | 908 | 1060 | 1211 | 1332 | 1453 | 1574 | 1695 |
| Eines von 2 | | | | | | | |
| 1.-6. | 583 | 680 | 777 | 855 | 932 | 1010 | 1088 |
| 7.-12. | 662 | 772 | 882 | 970 | 1058 | 1147 | 1235 |
| 13.-18. | 819 | 956 | 1092 | 1201 | 1310 | 1420 | 1529 |
| Eines von 3 | | | | | | | |
| 1.-6. | 528 | 616 | 704 | 774 | 844 | 915 | 985 |
| 7.-12. | 599 | 698 | 798 | 878 | 958 | 1037 | 1117 |
| 13.-18. | 751 | 876 | 1001 | 1101 | 1201 | 1301 | 1401 |

| Pflege und Erziehung | | 30% | | | | | |
|-----------------------------|--------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| | <5'900 | 5900-6800 | 6800-7600 | Einkommen | 8300-9100 | 9100-9800 | 9800-10500 |
| | 75% | 87.5% | 100% | 7600-8300 | 120% | 130% | 140% |
| Einzelkind | | | | | | | |
| 1.-6. | 370 | 432 | 494 | 543 | 592 | 642 | 691 |
| 7.-12. | 236 | 276 | 315 | 347 | 378 | 410 | 441 |
| 13.-18. | 168 | 196 | 224 | 246 | 269 | 291 | 314 |
| Eines von 2 | | | | | | | |
| 1.-6. | 302 | 352 | 403 | 443 | 483 | 523 | 564 |
| 7.-12. | 202 | 236 | 270 | 296 | 323 | 350 | 377 |
| 13.-18. | 134 | 156 | 179 | 196 | 214 | 232 | 250 |
| Eines von 3 | | | | | | | |
| 1.-6. | 234 | 273 | 312 | 343 | 374 | 405 | 436 |

| | | | | | | | |
|---------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 7.-12. | 168 | 196 | 224 | 246 | 269 | 291 | 314 |
| 13.-18. | 100 | 116 | 133 | 146 | 160 | 173 | 186 |

| Gesamtbedarf | | 30% | | | | | |
|---------------------|--------|------------|-----------|------------------|-----------|-----------|------------|
| | <5'900 | 5900-6800 | 6800-7600 | Einkommen | 8300-9100 | 9100-9800 | 9800-10500 |
| | 75% | 87.5% | 100% | 7600-8300 | 120% | 130% | 140% |
| | | | | 110% | | | |
| Einzelkind | | | | | | | |
| 1.-6. | 1037 | 1210 | 1383 | 1521 | 1659 | 1797 | 1936 |
| 7.-12. | 987 | 1152 | 1316 | 1448 | 1579 | 1711 | 1842 |
| 13.-18. | 1076 | 1256 | 1435 | 1579 | 1722 | 1866 | 2009 |
| Eines von 2 | | | | | | | |
| 1.-6. | 885 | 1032 | 1180 | 1297 | 1415 | 1533 | 1651 |
| 7.-12. | 864 | 1008 | 1152 | 1267 | 1382 | 1497 | 1612 |
| 13.-18. | 953 | 1112 | 1271 | 1398 | 1525 | 1652 | 1779 |
| Eines von 3 | | | | | | | |
| 1.-6. | 761 | 888 | 1015 | 1117 | 1218 | 1320 | 1421 |
| 7.-12. | 767 | 894 | 1022 | 1124 | 1226 | 1329 | 1431 |
| 13.-18. | 851 | 992 | 1134 | 1247 | 1361 | 1474 | 1588 |

| Wohnanteil | | 30% | | | | | |
|--------------------|--------|------------|-----------|------------------|-----------|-----------|------------|
| | <5'900 | 5900-6800 | 6800-7600 | Einkommen | 8300-9100 | 9100-9800 | 9800-10500 |
| | 75% | 87.5% | 100% | 7600-8300 | 120% | 130% | 140% |
| | | | | 110% | | | |
| Einzelkind | | | | | | | |
| 1.-6. | 186 | 217 | 249 | 273 | 298 | 323 | 348 |
| 7.-12. | 186 | 217 | 249 | 273 | 298 | 323 | 348 |
| 13.-18. | 173 | 202 | 231 | 254 | 277 | 300 | 323 |
| Eines von 2 | | | | | | | |
| 1.-6. | 171 | 199 | 228 | 250 | 273 | 296 | 319 |
| 7.-12. | 171 | 199 | 228 | 250 | 273 | 296 | 319 |
| 13.-18. | 160 | 187 | 214 | 235 | 256 | 278 | 299 |
| Eines von 3 | | | | | | | |
| 1.-6. | 158 | 184 | 210 | 231 | 252 | 273 | 294 |
| 7.-12. | 158 | 184 | 210 | 231 | 252 | 273 | 294 |
| 13.-18. | 147 | 172 | 196 | 216 | 235 | 255 | 274 |

3484

Werkmangel. Die Eltern eines verletzten Kindes sind als indirekt Geschädigte hinsichtlich ihres Dritt- oder Reflexschadens (Betreuungskosten und Lohnausfall) grundsätzlich nicht aktivlegiti-

miert. Zu deren Geltendmachung wäre allein das direktgeschädigte Kind berechtigt gewesen (Art. 58 OR).

Sachverhalt:

Die P. ist Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft L. in W. Die fünfköpfige Familie L., bestehend aus den Eltern (Klägerin 2 und Kläger 3), Sohn X. (Kläger 1), Sohn Y. (Kläger 4) und Tochter Z. (Klägerin 5), bewohnte in dieser Liegenschaft seit 1996 eine 4½-Zimmer-Wohnung sowie zwei Auto-Abstellplätze. Der Eingang der Gemeinschaftsgarage im Erdgeschoss lag direkt über der Wohnung der Klägerschaft. Im Unfallzeitpunkt war die Schlüsselsäule, mit welcher das Garagentor der Tiefgarage bedient werden konnte, defekt. Das Garagentor liess sich lediglich durch Unterbrechung der äusseren Lichtschranke öffnen. Am 24. Mai 1999 wurde der damals knapp 5 Jahre alte X. durch den Schliessmechanismus des Garagentores am rechten Bein erheblich verletzt. Wegen schwerer Quetschverletzungen und Zerstörung der Unterschenkelmuskulatur war das Kind bis 9. September 1999 im Kantonsspital St. Gallen hospitalisiert. Die weitere medizinische Behandlung von X. wurde auf Veranlassung seines Vaters im Universitätsspital B. in Serbien von Professor B. durchgeführt. Der Aufenthalt bzw. die operative und medizinische Behandlung von X. in B. dauerte 1¼ Jahre.

Aus den Erwägungen:

Die Klägerin 2 und der Kläger 3 bringen vor, die Reflexschadenstheorie, so wie sie die Vorinstanz angewandt habe, überzeuge keinesfalls. Erstens sei der erwähnte BGE 97 II 259 ff. auf gravierend andere Sachverhalte zugeschnitten. Es gehe dort nicht um „Betreuungskosten“ oder „Pflegeleistungen“. Zweitens habe das Bundesgericht auch Dritten eine Aktivlegitimation zuerkannt, nämlich dem Arbeitgeber, der für den verunfallten Arbeitnehmer von Gesetzes wegen weiterhin Lohn zu zahlen gehabt habe. Die Vorinstanz übersehe auch, dass die Eltern unmittelbar geschädigt worden seien, weil sie die familienrechtliche Beistandspflicht erfüllt hätten.

Die Beklagte entgegnet, dass nur das direktgeschädigte Unfallopfer Schadenersatzansprüche stellen könne, habe das Bundesgericht im Leitentscheid 97 II 259 ff. deutlich gemacht und sei seither nicht von dieser Praxis abgewichen. Daran ändere auch die von den Klägern angerufene elterliche Beistandspflicht gegenüber dem Kind nichts. Der Reflexschaden der Angehörigen müsse vom Geschädigten selber geltend gemacht und den indirekt Geschädigten nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag erstattet werden.

Von unmittelbarem Schaden spricht man dann, wenn sich der Schaden in der Kausalkette unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. Mittelbarer Schaden liegt dagegen vor, wenn das Schadensereignis seinerseits Schäden herbeiruft oder wenn es „Massnahmen verhindert, die Gewinn einbringen oder Schaden abwenden“. Vom Begriffspaar unmittelbarer/mittelbarer Schaden sind zu unterscheiden der Eigenschaden und der Drittschaden oder Reflexschaden. Einen eigenen Schaden macht geltend, wer von der schädigenden Handlung direkt betroffen ist. Demgegenüber wird beim Drittschaden eine Person wirtschaftlich geschädigt, die nur indirekt betroffen ist. Als Person gegen deren Rechtsgüter kein widerrechtlicher Eingriff erfolgt, ist der indirekt Geschädigte grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt. Eine Ausnahme dazu statuiert Art. 45 Abs. 3 OR hinsichtlich des Versorgerschadens (vgl. A. K. Schnyder, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., N. 7 und 8 zu Art. 41 sowie N. 8 zu Art. 45; siehe auch K. Oftinger/E. Stark, a.a.O., S. 93 ff.)

Die Klägerin 2 und der Kläger 3 fordern von der Beklagten Ersatz für Aufwendungen, welche ihnen als Folge der medizinischen Behandlung ihres Kindes X. in B. entstanden seien sowie Lohnausfall der Mutter, weil sie wegen des Unfalls nicht oder nur teilweise habe erwerbstätig sein können. Aufgrund der vorstehend aufgeführten, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gültigen Schadensdefinitionen handelt es sich bei den geltend gemachten Positionen um sog. Dritt- oder Reflexschaden, nachdem die Beklagte keine widerrechtliche Handlung gegenüber den Eltern des Verunfallten begangen hat. Die Eltern des Klägers 1 sind somit lediglich indirekt geschädigt, so dass sie nach herrschender Lehre und Rechtsprechung von der Beklagten keine Auslagen und Lohnausfall geltend machen können. Hiefür wäre allein der Kläger 1 als Direktgeschädigter berechtigt gewesen. Daraus folgt, dass der Klägerin 2 und dem

Kläger 3 die Legitimation zur Geltendmachung von Schadenersatz nicht zukommt. Das Kantonsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 unter diesen Umständen abzuweisen sind.

OGer 25.04.2006

Das Bundesgericht hat eine von der Klägerin 2 und dem Kläger 3 (Eltern des verletzten Kindes) gegen dieses Urteil erhobene Berufung, welche sich einzig gegen die Abweisung der von ihnen gestellten Schadenersatzbegehren richtete, mit Urteil vom 27. März 2007 abgewiesen. Dies im Wesentlichen mit der Begründung (Erw. 4), der Betreuungsschaden sei rechtlich nicht als Schaden des betreuenden Angehörigen zu betrachten, sondern gelte als Leistung zugunsten des Geschädigten, die von diesem nach Art. 402 oder 422 OR zu entschädigen sei und die dieser wiederum beim Haftpflichtigen geltend machen könne. Dasselbe gelte für den Lohnausfall des betreuenden oder begleitenden Angehörigen und für weitere Aufwendungen der Angehörigen wie solche für Fahrten ins Spital. Das seien Reflexschäden, deren Ersatz die nur indirekt Betroffenen nicht vom Haftpflichtigen verlangen könnten, wolle man den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht unkontrolliert ausweiten.

Bezüglich solcher, mittelbar bei den Angehörigen des Geschädigten eintretender Schäden handle es sich überdies um reine Vermögensschäden, für die nur Ersatz zu leisten sei, wenn eine Norm verletzt sei, die ihrem Zweck nach vor derartigen Vermögensschädigungen schützen solle. Andernfalls fehle es an der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit bzw. am Rechtswidrigkeitszusammenhang. Art. 58 OR bezwecke indessen nicht den Schutz des Vermögens von Angehörigen eines durch einen Werkmangel unmittelbar Geschädigten.

Die fraglichen Schadenspositionen hätten demnach gegebenenfalls vom direktgeschädigten Kläger 1 geltend gemacht werden können und müssen. Die Berufungskläger seien dagegen hierzu nicht aktivlegitimiert. Dies habe die Vorinstanz zutreffend erkannt.

Daran ändere nichts, dass die Berufungskläger nach Art. 272 ZGB dem verunfallten Kläger 1 zu Beistand verpflichtet gewesen seien und sich der danach bzw. nach Art. 276 ZGB geschuldete Betreuungsaufwand wegen des Unfalls und der infolgedessen nötigen Behandlungen vergrössert habe. Letzterer Umstand sei nur im Rahmen des Entscheids darüber relevant, ob die geleistete Betreuung die normale und zumutbare Betreuung gemäss Art. 272 und 276 ZGB übersteige und daher überhaupt als ersatzfähiger Schaden des Verunfallten zu gelten habe. An der fehlenden Aktivlegitimation der betreuenden Angehörigen ändere dies aber nichts.

Schliesslich vermöge auch das von den Berufungsklägern vorgetragene Argument der Gefahr von Interessenskollisionen nicht zu überzeugen. Es gebreche schon daran, dass das geschädigte Kind eben nicht den Schaden seiner Eltern einklage, sondern seinen eigenen. Auch sei nicht nachvollziehbar, inwiefern sich echte Interessenskollisionen ergeben sollten. Sowohl Rechtsbegehren, mit denen Genugtuung oder Schadenersatz für bestimmte Schadenspositionen verlangt werde, wie auch ein Urteil, das solchen Begehren stattgebe, müssten rechtlich begründet sein. Demnach bestehe kein Raum, zulasten von bestimmten Schadenspositionen mehr Genugtuung einzuklagen oder zuzusprechen. Eine Verletzung von Art. 58 OR sei weder dargetan noch ersichtlich.

3485

Landwirtschaftliche Pacht. Erstreckungsdauer (Art. 27 Abs. 3 LPG).

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 19.5.1997 hat der Gesuchsteller von H.C., der Mutter des heutigen Gesuchsgegners, rund 295 Aren Wiesland auf der Parzelle Nr. 798 in W. gepachtet. Im

Pachtvertrag wurde der Pachtbeginn auf den 1. April 1998 festgelegt und es wurde eine neunjährige Pachtdauer vorgesehen. Zu Beginn des Jahres 2006 übernahm der Gesuchsgegner von seiner Mutter die Parzelle Nr. 798, von der das Wiesland (aber auch der Wald, das Gewässer und der Weg) in eine neue Parzelle Nr. 1395 (Fläche insgesamt rund 345 Aren) abparzelliert wurde. Der Gesuchsgegner bewohnt das Haus auf der Parzelle Nr. 798. Der Gesuchsteller ist nun also Pächter des Wieslandes (Fläche gemäss GIS rund 286 Aren) auf der Parzelle Nr. 1395. Er bewirtschaftet insgesamt rund 30 Hektaren.

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 27 Abs. 3 LPG erstreckt der Richter die Pacht um drei bis sechs Jahre. Er würdigt dabei die persönlichen Verhältnisse und berücksichtigt namentlich die Art des Pachtgegenstandes und eine allfällige Verkürzung der Pachtdauer. Zu berücksichtigen sind etwa die angeschlagene Gesundheit des Pächters, besondere familiäre Verhältnisse oder persönliche Differenzen zwischen Pächter und Verpächter, welche zwar nicht grundsätzlich gegen eine Pächterstreckung sprechen, aber doch eine Erstreckung um volle sechs Jahre für die eine oder andere Partei als unzumutbar erscheinen lassen. Zu berücksichtigen ist auch die Bedeutung der Pachtsache für den Betroffenen. Eine Erstreckung um sechs Jahre ist bei Gewerben vorzunehmen. Dann aber auch bei Grundstücken, die für die Existenz des Pächters von wesentlicher Bedeutung sind. Nach *Müller* (Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Band 25, St. Gallen 1986, S. 37) ist dies dann der Fall, wenn die betreffende Grundstücksfläche einen Viertel oder mehr der Fläche des Betriebes des Pächters ausmacht. In Anlehnung daran hält sich der Unterzeichnete zur Wahrung der Rechtsgleichheit seit einigen Jahren an folgenden Raster: Beträgt der Anteil des Pachtlandes (nur Wiesland) bis 8 % der gesamten bewirtschafteten Fläche, erfolgt eine Erstreckung um 3 Jahren. Bei 8 bis 16 % wird um 4 und bei 16 bis 24 % um 5 Jahre erstreckt.

Im vorliegenden Fall stehen knapp 10 % der Betriebsfläche des Gesuchstellers zur Diskussion. Das fragliche Pachtland ist demnach für den Gesuchsteller zwar nicht unbedeutend, aber auch nicht von geradezu existenzieller Bedeutung. Die Art des Pachtlandes (Wiesland) spricht ebenfalls gegen die Notwendigkeit der Erstreckung um das Maximum (vgl. *B. Studer/E. Hofer*, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Brugg 1987, S. 181).

Unter Würdigung aller massgeblichen Gesichtspunkte ist das Pachtverhältnis nicht um die maximal mögliche Erstreckungsdauer, sondern lediglich um 4 Jahre, d.h. bis Ende März 2011 zu erstrecken.

Nur am Rande sei erwähnt, dass es auf den Ablauf der Erstreckungsdauer hin keiner Kündigung mehr bedarf. Das Pachtverhältnis ist mit dem gerichtlich bestimmten Zeitpunkt aufgelöst (vgl. *B. Studer/E. Hofer*, a.a.O., S. 182).

KGP 02.10.2006

3486

Arbeitsvertrag. Nettolohnvereinbarung. Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf zufolge einer Prämienbefreiung eingesparte BVG-Beiträge.

Aus den Erwägungen:

1. A. war vom 1. August 2002 bis zum 31. Mai 2004 bei R. als Chauffeur angestellt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag war ein monatlicher Nettolohn von Fr. 5'100.-- inkl. Spesen, ausbezahlt 12 x jährlich, sowie eine Umsatzbeteiligung von 10 % ab einem monatlichen Umsatz von Fr. 21'000.-- vereinbart. Am 11. August 2003 wurde A. aufgrund einer Rückenoperation zu 100 % arbeitsunfähig. Er erhielt in der Folge bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses monatlich

den vereinbarten Nettobetrag von Fr. 5'100.--. Der Arbeitgeber R. bezog seinerseits während der Arbeitsunfähigkeit von A. nach einer vertraglich vereinbarten Wartezeit von 14 Tagen ein Krankentaggeld von 90 %. Damit war bei A. eine Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 5 des nachträglich edierten Vorsorgereglements für das Personal der Einzelfirma R. eingetreten. Das hatte nach Art. 21 Abs. 4 des Reglements zur Folge, dass nach einer Wartezeit von drei Monaten eine Beitragsbefreiung in Bezug auf die berufliche Vorsorge eingetreten war. A. vertritt nun den Standpunkt, dass der Arbeitgeber nach Eintritt der Beitragsbefreiung die eingesparten Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge, die Teil des Lohnes des Arbeitnehmers seien, nicht mehr an die Vorsorgeeinrichtung, sondern an ihn (Kläger) ausbezahlen habe.

2. Die Vorinstanz hat die eingeklagte Position „abgezogene BVG-Beiträge“ im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass die Parteien in ihrem Arbeitsvertrag die Bestimmung aufgenommen hätten, das Salär betrage Fr. 5'100.--, ausbezahlt 12 x pro Jahr. Es handle sich bei dieser Vereinbarung klarerweise um eine zulässige Nettolohnvereinbarung. Diese Fr. 5'100.-- seien dem Kläger während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt worden. Auf mehr habe er nach dem Arbeitsvertrag keinen Anspruch gehabt. Denn bei einer Nettolohnvereinbarung lägen die Sozialversicherungsbeiträge in der „Risikosphäre“ des Arbeitgebers. Höhere AHV-Beiträge etwa würden diesen belasten, ohne dass er diese Belastung an den Arbeitnehmer weitergeben könnte; entfallende Sozialversicherungsbeiträge dagegen würden allein den Arbeitgeber entlasten.

Der Kläger stimmt mit der Vorinstanz und dem Beklagten darin überein, dass die Parteien bezüglich des Grundlohnes eine zulässige Nettolohnabrede getroffen hatten. Den weiteren Erwägungen der Vorinstanz liess er jedoch entgegenhalten, dass sich gerade aus der Tatsache der Nettolohnabrede ergebe, dass ein Teil des Lohnes nicht direkt dem Arbeitnehmer ausbezahlt, sondern zu seinen Gunsten und aufgrund einer obligatorischen Sozialversicherungsbestimmung auf eine Art „Sperrkonto“ einbezahlt werde. Die Nettolohnabrede sei so zu verstehen: „Aus meinem gesamten Lohnguthaben erhalte ich Fr. X jeden Monat direkt und darüber hinaus die Einzahlungen zu meinen Gunsten auf das BVG-Konto. Aufgrund weiterer sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften (AHV/IV/ALV/EO) sind zur Wahrung meiner Anwartschaften Einzahlungen in weitere (Umlage-) Versicherungen zu leisten.“ Daraus ergebe sich logischerweise, dass bei Wegfall einer Ablieferungspflicht der Anteil der Direktauszahlung (netto) steigen müsse. Die Argumentation der Vorinstanz möge ihre Richtigkeit haben, wenn es sich um Änderungen von Beitragssätzen bei ansonsten im Grundsatz gleich bleibenden Leistungen handle wie dies z.B. bei der Senkung des ALV-Beitrages von 1,5 % auf 1 % per 01.01.2004 der Fall gewesen sei. Davon klar zu unterscheiden seien aber Fälle, wo nicht nur Beiträge gänzlich wegfallen, sondern auch die (sozialversicherungsrechtliche) Zielverfolgung (temporär) entfallende und damit die Gegenleistung der Lohnzahlung im weiteren Sinne nicht mehr mit der geleisteten Arbeit übereinstimme. Die Praxis kenne vergleichbare Sachverhalte, die keine rechtlichen Schwierigkeiten bereiten würden und als Analogie herangezogen werden können. So z.B. die Lohnabrede Fr. X plus Kost und Logis. Wegen Spitalaufenthaltes entfallende Kost und evtl. das Logis. Der Anteil Kost und evtl. Logis sei als Lohn auszubezahlen. Weiteres Beispiel: Privatbenützung des Geschäftswagens auf Kosten des Arbeitgebers. Bei Freistellung mit Rückgabe des Geschäftswagens sei der Anteil Privatbenützung als Lohn ausbezahlen.

3. Die Parteien gehen zu Recht mit der Vorinstanz darin einig, dass sie eine zulässige Nettolohnvereinbarung (in Bezug auf den Grundlohn) abgeschlossen hatten. Mit der Vereinbarung eines Nettolohns wird dem Arbeitnehmer ein unveränderlicher Einkommensbetrag garantiert. Dabei übernimmt der Arbeitgeber - in unüblicher Weise - das Risiko von Sozialversicherungsbeitragsänderungen, sowie, falls vom vereinbarten Nettolohn auch die Quellensteuern abgezogen werden, das Risiko veränderter Steuerbeträge zufolge eines allfälligen Wohnsitzwechsels des Arbeitnehmers (BGE 128 III 221, E. 3c). Erhält der Arbeitnehmer den vereinbarten Nettolohn, so kann er keine weiteren Zahlungen z.B. mit der Begründung verlangen, der Arbeitgeber habe den verbuchten Bruttolohn fehlerhaft zu hoch errechnet (JAR 1983, S. 94). Bei einer vereinbarten Nettolohnzahlung hat der Arbeitnehmer also in jedem Falle Anspruch auf den Nettobetrag ohne jeglichen Abzug, während die Schwankungen in den gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträgen oder gegebenenfalls Quellensteuern durch den Arbeitgeber aufzufangen sind. Im vorliegenden Falle sind bei der Durchführung der

beruflichen Vorsorge des Klägers wegen seiner Arbeitsunfähigkeit BVG-Beiträge wegen der vorübergehenden Prämienbefreiung weggefallen. Trotzdem hatte der Kläger, wie eben dargelegt, ausschliesslich Anspruch auf den vereinbarten Nettolohnbetrag.

Die vom Kläger zum Vergleich herangezogenen Beispiele (Wegfall von Kost und Logis, Firmenwagen) sind für den vorliegenden Fall einer Nettolohnvereinbarung nicht einschlägig. Sie betreffen den Anspruch auf Lohnfortzahlung während der unverschuldeten Verhinderung des Arbeitnehmers an der vereinbarten Arbeitsleistung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). In solchen Fällen hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der beschränkten Zeit, in der der Naturallohn nicht in Natura gewährt werden kann, eine entsprechende Vergütung in Geld zu leisten (*Ullin Streiff /Adrian von Känel*, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 324a/b N. 9).

4. Der Beklagte hat gegenüber dem Begehren des Klägers auf Auszahlung der aufgrund der Prämienbefreiung eingesparten BVG-Beiträge zusätzlich eingewendet, dass der Kläger diesfalls ab dem vierten Monat seiner Arbeitsunfähigkeit mehr verdienen würde, als im Falle der Arbeitsleistung vereinbart gewesen sei. Mit diesem Einwand hat er sinngemäss ein Thema angeschnitten, das mit der Regelung des Überentschädigungsverbots in der Sozialversicherung verwandt ist (vgl. z.B. Art. 69 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; SR 830.1). Bei der Überentschädigung im Sozialversicherungsrecht geht es darum, dass das Zusammentreffen von Leistungen verschiedener Sozialversicherungen nicht zu einer Überentschädigung der berechtigten Person führen darf. Die Überentschädigungsgrenze liegt bei dem wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich die durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfällige Einkommenseinbussen von Angehörigen. Mutmasslich entgangen ist derjenige Verdienst, welchen die versicherte Person ohne das schädigende Ereignis erzielt hätte (*Thomas Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, § 59, N. 2-4). Obwohl vorliegend kein Versicherungsstreit sondern ein Lohnstreit zu entscheiden ist, erweist sich das Urteil der Vorinstanz auch im Lichte der sinngemässen Berücksichtigung des Überentschädigungsverbots als zutreffend. Die Parteien haben nämlich für die vom Kläger zu erbringende Arbeitsleistung als Lohn einen fixen Nettobetrag von Fr. 5'100.-- pro Monat vereinbart. Diese Vereinbarung würde tatsächlich gestört, wenn der Kläger drei Monate nach Eintritt einer 100-prozentigen Arbeitsunfähigkeit einen höheren Verdienst als den vereinbarten Arbeitslohn erzielen würde. Die vom Arbeitgeber wegen der Prämienbefreiung eingesparten BVG-Beiträge sind also nicht an A. weiterzuleiten.

OGP 26.04.2006

3487

Arbeitsvertrag. Entschädigung nach missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR). Entschädigung von 4 1/2 Monatslöhnen für einen Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der missbräuchlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses 59 1/2 Jahre alt war und mehr als 30 Jahre in den Diensten der Arbeitgeberin gestanden hatte. Berücksichtigung eines gewissen Mitverschuldens des Arbeitnehmers.

Sachverhalt:

Der Kläger trat im Jahre 1971 bei der Ch. AG eine Arbeitsstelle als Elektriker an. Im März 1972 bezog er an der N.-Strasse in H. seine jetzige Wohnung, welche der Personalfürsorgestiftung der Ch. AG gehört. Zwischen den Parteien bestanden schon seit längerer Zeit Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Miet- und (teilweise) auch des Arbeitsverhältnisses. Im Frühjahr 2003 spitzte sich der Konflikt insbesondere bezüglich eines vom Kläger zusätzlich benutzten Parkplatzes und der Renovation seiner Wohnung zu. Nur

wenige Stunden nach einer mündlichen Auseinandersetzung zwischen M.W., dem einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, und dem Kläger, in welcher es unter anderem auch um den erwähnten Parkplatz ging, sprach die Beklagte am 6. Mai 2003 sowohl die Kündigung des Miet- als auch diejenige des Arbeitsvertrages, je auf den 31. August 2003, aus. Die Kündigung des Mietverhältnisses auf dem amtlichen Formular erfolgte am 16. Mai 2003.

Der Kläger wehrte sich gegen beide Kündigungen. Die Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtverhältnisse von Appenzell A.Rh. hob daraufhin am 9. Juli 2003 die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Missbräuchlichkeit auf. Dieser Entscheid wurde vom Obergerichtspräsidenten von Appenzell A.Rh. am 23. Februar 2004 geschützt. Der Entscheid des Obergerichtspräsidenten ist in Rechtskraft erwachsen.

Der Kläger verlangt nun wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen à Fr. 6'000.--. Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass sie dem Kläger aus wirtschaftlicher Notwendigkeit, wegen dessen ungenügender Arbeitsleistung, fehlender Teamfähigkeit und unkooperativen Verhaltens gekündigt habe. Die Kündigung sei schon vor der Meinungsverschiedenheit über den Parkplatz beschlossene Sache gewesen.

Aus den Erwägungen:

1. Wie die Vorinstanz erachtet auch das Obergericht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Die Anschlussappellation ist demzufolge abzuweisen.

2. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände (Art. 4 ZGB) festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten (Art. 336a Abs. 2 OR). Die Entschädigung gemäss Art. 336a OR hat einen doppelten Zweck. Sie dient einerseits der Bestrafung des Kündigenden und andererseits der Wiedergutmachung für den Entlassenen. Die Wiedergutmachung besteht insoweit nicht aus einem Schadenersatz im klassischen Sinne, als sie auch dem Opfer zukommen kann, das keinen Schaden erleidet. So nähert sie sich der Funktion einer Konventionalstrafe. Der Richter setzt die Entschädigung nach seinem Ermessen unter Würdigung aller Umstände fest. Er berücksichtigt namentlich die Schwere des Verschuldens des Arbeitgebers, das Selbstverschulden des Geschädigten, die Art, wie die Kündigung ausgesprochen wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Entlassenen, wobei dieser Umstand wieder abhängt von Enge und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung, den wirtschaftlichen Folgen für den Entlassenen, seinem Alter, der allfälligen Schwierigkeiten der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess und der wirtschaftlichen Lage der Parteien (Urteil des Bundesgerichtes 4C.135/2004 vom 2. Juni 2004 mit Verweisen auf BGE 123 III 246, E. 6a und BGE 123 III 391 ff.).

Bezüglich der Berechnung der Entschädigung übernahm die Vorinstanz die Praxis der Basler Gerichte, die grundsätzlich von drei Monatslöhnen ausgehen und diesen Betrag dann in Berücksichtigung der verschiedenen spezifischen Faktoren erhöhen oder ermässigen. Für eine Erhöhung sprachen nach Auffassung des Kantonsgerichtes die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Alter des Klägers (zur Zeit der Kündigung 59 ½ Jahre) und die dadurch schwierigere Wiedereingliederung, die Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die ungleichen finanziellen Verhältnisse der Parteien. Zu Gunsten der Beklagten wurde die Bereitschaft gewertet, das Arbeitsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen fortzusetzen. Das Kantonsgericht ging weiter von der grundsätzlichen Richtigkeit der Aussagen der Zeugen Ch.S. und F.O. aus, die übereinstimmend die Eigensinnigkeit und Sturheit des Klägers, die zeitweise Arbeitsverweigerung, das Verunmöglichen der internen Zusammenarbeit, das offenbar übersteigerte Hetzen und Schimpfen gegenüber Mitarbeitern, das Missachten von Weisungen des Arbeitgebers und gesetzlichen oder verbandsinternen Regelungen beschrieben hatten. Entsprechend beurteilte es das Mitverschulden des Klägers an der Kündigung als gross. Auch wenn der Streit über den Parkplatz damals unmittelbarer Anlass zur Kündigung gewesen und

diese deshalb als missbräuchlich anzusehen sei, lasse die Vorgeschichte, die Umstände der Situation und die Vorgehensweise der Beklagten diese Missbräuchlichkeit nicht als schwer erscheinen. In Berücksichtigung sämtlicher Faktoren wurde die Entschädigung deshalb auf 1 ½ Monatslöhne festgesetzt.

3. Die von der Vorinstanz übernommene Praxis der Basler Gerichte (BJM 2003, S. 308 ff.), welche bei der Berechnung der Entschädigung von drei Monatslöhnen ausgehen und diesen Betrag dann in Berücksichtigung der verschiedenen spezifischen Faktoren erhöhen oder ermässigen, erscheint dem Obergericht ebenfalls als sinnvoll und es wird diesen Ansatz bei der nachfolgenden Bemessung der Entschädigung anwenden (a.M. *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, a.a.O., N. 3 zu Art. 336a OR).

Faktoren, welche vorliegend für eine Erhöhung der „Einsatz-Entschädigung“ von drei Monatslöhnen sprechen, sind sicher die ausserordentlich lange Dauer des Arbeitsverhältnisses (mehr als 30 Jahre), das Alter des Klägers (zur Zeit der Kündigung 59 ½ Jahre), die dadurch erschwerte Wiedereingliederung und die ungleichen finanziellen Verhältnisse der Parteien. Als notorisch darf auch die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers gewertet werden, da er ungeachtet dessen, welche Sozialversicherung letztlich einspringt (ALV, IV, Taggeldversicherung) immer eine gewisse finanzielle Einbusse hinzunehmen hat. Als überdurchschnittlich kann sodann die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehungen bezeichnet werden, nachdem der Kläger mit seiner Familie während Jahrzehnten auch eine Wohnung der Personalfürsorgestiftung der Beklagten bewohnte.

Diese Faktoren allein würden nach Auffassung des Obergerichtes eine Entschädigung in der maximalen Höhe von sechs Monatslöhnen rechtfertigen. Zu berücksichtigten sind indessen auch die folgenden Umstände:

Entgegen den Vorbringen des Klägers vermag das Obergericht in der Art und Weise der Kündigung selbst keine Missbräuchlichkeit zu erkennen. Erstellt ist nämlich, dass der Kläger das Gespräch mit dem Verwaltungsratspräsidenten M. W. verweigerte. Diesem blieb somit nur die Möglichkeit einer schriftlichen Kündigung. Ob er das Entlassungsschreiben am Arbeitsplatz des Klägers deponierte oder es an die Wohnadresse schickte, macht nach Auffassung des Obergerichtes keinen Unterschied. Auch die Formulierung der Kündigung ist nicht zu beanstanden. Das Kriterium der Art und Weise, wie die Entlassung ausgesprochen wurde, hat auf die Höhe der Entschädigung somit keinen Einfluss.

Es bleibt das geltend gemachte Mitverschulden des Klägers an der Kündigung zu prüfen.

Die Nähe eines Zeugen zu einer Partei hat nicht von vorneherein die Unverwertbarkeit seiner Aussage zur Folge. Diese ist indessen mit der gebotenen Zurückhaltung zu würdigen. Auch wenn die Zeugen Ch.S. und F.O. die beruflichen Kenntnisse des Klägers (teilweise) wertschätzten und ihn nicht durchwegs schlecht machten, darf doch der Umstand nicht vernachlässigt werden, dass sie der Beklagten, mit der zumindest im Fall von F.O. immer noch ein Arbeitsverhältnis besteht, wesentlich näher stehen. Weiter ergibt sich sowohl aus der schriftlichen Bestätigung wie auch der Aussage von Ch. S., dass sein persönliches Verhältnis gegenüber dem Kläger belastet ist. Das zeigt sich zum Beispiel dort, wo der Zeuge ausführt, er habe Herrn W. sen. bereits im Jahre 2000 vorgeschlagen, den Kläger zu entlassen oder ihn in einen anderen Bereich zu versetzen, da er seine Arbeit katastrophal gefunden habe. Hr. W. sen. habe ihm aber unbedingt nochmals eine Chance geben wollen.

Auf der anderen Seite kann nicht in Abrede gestellt werden, dass sich das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zumindest in den letzten Jahren nicht problemlos gestaltete. So hat dieser zum Beispiel nicht konkret in Abrede gestellt, dass er jegliche Zusammenarbeit mit Ch.S. kategorisch ablehnte, am Freitag grundsätzlich nicht in F. arbeiten und während der Woche nicht dort übernachten wollte. Dazu kamen offensichtliche Probleme, mit anderen Mitarbeitern der Beklagten im Team zu arbeiten bzw. sich in ein Team zu integrieren.

Ohne das Verhalten des Klägers bagatellisieren zu wollen, misst das Obergericht diesem nicht dieselbe Schwere zu wie die Vorinstanz. Dabei verkennt es nicht, dass die einzelnen Ereignisse für sich zwar relativ gravierend sind und unter anderen Umständen eine namhafte Herabsetzung der Entschädigung zu begründen vermöchten. Im vorliegenden Fall hat das Verhalten der Beklagten, welche die oben genannten „Verfehlungen“ des Klägers jahrelang ohne spürbare Konsequenzen hinnahm und es versäumte, diesen unmissverständlich, z.B. durch eine

schriftliche Abmahnung, auf seine Pflichten aufmerksam zu machen, nach Auffassung des Obergerichts letztlich aber nicht unwesentlich zur Eskalation des Arbeitsverhältnisses beigetragen. Zusammenfassend könnte man sagen, dass die fehlende Wahrnehmung der Führungsverantwortung durch die Organe der Beklagten die negative Entwicklung beim Kläger überhaupt erst ermöglichte. Mithin hat sich die Beklagte letztlich selbst in eine Position manövriert, in der sie nur noch mit einer ultimativen Massnahme, d.h. einer Kündigung, reagieren konnte.

Dem Mitverschulden des Klägers scheint daher insgesamt mit einer Reduktion der Entschädigung um einen Monatslohn ausreichend Rechnung getragen.

Zugunsten der Beklagten ist schliesslich zu berücksichtigen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter bestimmten Voraussetzungen fortgesetzt hätte. Als erstellt zu gelten hat weiter, dass der Kläger am Arbeitsplatz in H. für ein volles Pensum nicht mehr genügend ausgelastet war und - angesichts der Probleme, den Kläger in F. einzusetzen - auch wirtschaftliche Gründe eine Kündigung nahe legten.

Dieses Moment rechtfertigt eine weitere Reduktion der Entschädigung um einen halben Monatslohn.

In Würdigung sämtlicher Umstände erachtet das Obergericht demzufolge eine Entschädigung in der Höhe von 4 ½ Monatslöhnen als angemessen.

OGer 21.02.2006

3488

Werkvertrag. Vergütung der Kosten für die Erstellung einer Offerte. Nachweis einer Vergütungsvereinbarung vom Unternehmer nicht erbracht (Art. 363 OR).

Sachverhalt:

Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts liess der Beklagte eine Liegenschaft umbauen. Vom Kläger erhielt er dazu zwei vom 6. Mai und 19. September 1996 stammende Offerten. Für seine Aufwendungen stellte der Kläger dem Beklagten am 20. April 2001 Rechnung über Fr. 2'600.--. Der Beklagte lehnte die Forderung ab.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger macht geltend, er habe vom Beklagten mündlich einen Auftrag zur Ausarbeitung von Vorschlägen für Renovationsarbeiten an einer Liegenschaft erteilt erhalten. Der Beklagte bestreitet dies und bringt vor, der Kläger habe ihm auf eigenes Ersuchen hin eine Offerte eingereicht. Die Offerte des Klägers sei nur eine von Mehreren gewesen.

2. Nach Lehre und Rechtsprechung sind die mit der Erstellung einer Offerte verursachten Kosten grundsätzlich vom Unternehmer zu tragen (*Peter Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 454, mit vielen Nachweisen). Eine Vergütung kann jedoch bei entsprechender ausdrücklicher oder konkludenter Abmachung, oder, wenn der Empfänger dieser Leistung daraus einen tatsächlichen Gewinn zieht, verlangt werden (Pr 84 [1995] Nr. 12). Eine Vergütungspflicht kann zwar auch stillschweigend vereinbart werden (Art. 1 Abs. 2 OR); dies ist aber grundsätzlich nicht zu vermuten (*Gauch*, a.a.O., Rz. 448). Nur wenn der Unternehmer auf Verlangen seines Verhandlungspartners Entwürfe, Pläne, statische oder andere Berechnungen, Montagezeichnungen oder ähnliche Unterlagen erstellt, die über das hinausgehen, was im Rahmen der betreffenden Vertragsverhandlungen üblich ist, spricht eine tatsächliche Vermutung für eine zumindest stillschweigend vereinbarte Vergütungspflicht (*Gauch*, a.a.O., Rz. 448; *Zindel/Pulver*, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 363 OR; Pr 84 [1995] Nr. 12). Die Beweislast für eine vereinbarte Vergütung liegt nach Art. 8 ZGB bei demjenigen, der sich auf eine Vereinbarung beruft.

2.1 Der Kläger war - auch nach ausdrücklicher Aufforderung anlässlich der Hauptverhandlung - nicht in der Lage, Beweise für die von ihm behauptete ausdrückliche Auftragserteilung zu nennen.

2.2 Als Indizien für eine konkludente Vergütungsvereinbarung hat der Kläger aufgelistet:

- er habe verschiedenen Drittauskünfte eingeholt
- er habe mehrere Abklärungen vorgenommen
- ein Devis habe gefehlt
- der Beklagte habe ihm eine Visitenkarte übergeben

Alle vier Punkte sind nicht geeignet, eine Vermutung für eine stillschweigende Vereinbarung zu begründen. Klarerweise gilt dies für die Übergabe der Visitenkarte. Das Fehlen eines Devis sodann ist bei einem Umbauobjekt wohl eher die Regel als die Ausnahme. Das Entfalten von eigenen Aktivitäten schliesslich ist für viele Offerten unerlässlich. Zu fragen ist hier, ob die Leistungen des Klägers den Rahmen einer normalen Angebotsabgabe sprengen (*Gauch*, a.a.O., Rz. 448). Dies ist zu verneinen. Die vom Kläger geltend gemachten Aufwendungen, insbesondere auch die dokumentierten, halten sich im Rahmen des Üblichen. Dies zeigt auch der Blick auf die von den Mitkonkurrenten des Klägers erstellten Offerten. Die Rücksprache mit Lieferanten und sogar ein Lokaltermin mit einem Unterakkordanten können bei dem hier zur Diskussion stehenden Umbauprojekt noch nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden.

2.3 Der Vollständigkeit halber sei noch angefügt, dass der Kläger weder behauptet noch nachgewiesen hat, dass der Beklagte aus den klägerischen Leistungen einen Gewinn habe ziehen können. Solches ergibt sich auch nicht aus den vorliegenden Akten.

3. Der Kläger konnte somit den Nachweis, dass ausdrücklich oder stillschweigend eine Vergütung vereinbart worden ist, nicht erbringen. Seine Klage muss deshalb abgewiesen werden.

KGP 27.01.2006

3489

Revisionsstelle. Ernennung durch den Richter (Art. 727f Abs. 2 OR). Den Fall, dass eine Gesellschaft keine Revisionsstelle ernennt und auch keinen Kostenvorschuss für die Ernennung einer solchen leistet, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Diesbezüglich besteht eine echte Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Um zu verhindern, dass eine Gesellschaft ohne Revisionsstelle zum Schaden von Gläubigern und Aktionären weiter wirtschaften kann, ist die Gesellschaft aufzulösen.

Sachverhalt:

Die X.-I. Holding AG ist eine im Handelsregister des Kantons Appenzell A.Rh. eingetragene Aktiengesellschaft. Als Revisionsstelle war die M. Consulting bestellt. Diese erklärte mit Schreiben vom 28. November 2005 ihren Rücktritt. Seither verfügt die Gesuchsgegnerin über keine Revisionsstelle mehr. Mit Schreiben vom 13. Januar und 28. Februar 2006 forderte das Handelsregisteramt des Kantons Appenzell A.Rh. die Gesuchsgegnerin auf, den gesetzmässigen Zustand durch Ernennung und Eintragung einer Revisionsstelle wiederherzustellen. Die Gesuchsgegnerin hat auf diese Schreiben nicht reagiert.

Aus den Erwägungen:

Fehlt einer Gesellschaft die Revisionsstelle, hat ihr der Handelsregisterführer, sobald er hiervon Kenntnis erhält, eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen (Art. 727f Abs. 1 OR). Diese Frist muss in Anlehnung an Art. 86 HRegV mindestens 30 Tage betragen. Nach unbenutztem Ablauf der Frist ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers eine neue Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr (Art. 727 f. Abs. 2 OR; *Karl Rebsamen*, Das Handelsregister, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 147 Rz. 652). Bei der Ernennung

einer Revisionsstelle von Gesetzes wegen tritt der Entscheid des Richters an die Stelle der fehlenden Willenserklärung der rechtswidrig organisierten juristischen Person. Das dabei angestrebte Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und der Revisionsstelle scheidet aber dann, wenn die dafür benötigten Mittel zugunsten der Revisionsstelle seitens der Gesellschaft nicht zur Verfügung gestellt werden. Keine Revisionsstelle wird ohne Entgelt ein Mandat annehmen und die Revisorentätigkeit aufnehmen. Für diesen Fall hat der Richter Vorkehrungen zu treffen, damit der zu ernennenden Revisionsstelle für die Entschädigung ihrer Bemühungen genügend Sicherheit geleistet wird.

Mit Verfügung vom 7. April 2006 wurde die Gesuchsgegnerin aufgefordert, für die mutmasslich entstehenden Kosten einen Barvorschuss in Höhe von Fr. 10'000.-- zu leisten (Art. 79 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ist der Aufforderung indes nicht nachgekommen.

Der Gesetzgeber hat keine unmittelbaren Rechtsfolgen an das rechtswidrige Verhalten einer Gesellschaft geknüpft, die keine Revisionsstelle ernennt und auch keinen Kostenvorschuss für die Ernennung einer solchen leistet. Diesbezüglich besteht eine echte Gesetzeslücke, die der Richter in freier richterlichen Rechtsfindung zu schliessen hat (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Es muss verhindert werden, dass eine Gesellschaft ohne Revisionsstelle zum Schaden von Gläubigern und Aktionären weiter wirtschaften kann. Dieses kann nur mit der Auflösung erreicht werden (ZR 1995 Nr. 42; SG GVP 1995 Nr. 41; ZR 1996 Nr. 41; BJM 1999 S. 259 ff.; *Alexander Brunner*, Basler Kommentar, SchKG II, N. 19 zu Art. 190; *Christoph Stäubli*, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl. 2003, N. 29 zu Art. 736).

Zu prüfen ist, ob auch die konkursamtliche Liquidation anzuordnen ist. Diese Frage wird in der Rechtsprechung kontrovers behandelt (vgl. etwa die Übersicht im Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz vom 30. November 2004, EGVSZ 2004 S. 17 ff.). Die Einzelrichter des Kantonsgerichts Appenzell A.Rh. erachten die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation für nicht zulässig, weil das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht eine solches Vorgehen nicht vorsieht.

Mit Auflösung tritt die Gesellschaft in Liquidation (Art. 738 OR) und der Gesellschaftszweck beschränkt sich auf die Liquidation (Art. 739 OR). Die Auflösung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (Art. 737 OR) bzw. kann vom Richter durch Verfügung zur unmittelbaren Eintragung angewiesen werden (Art. 59 Abs. 2 HRegV). Der Auflösungsbeschluss führt noch nicht zur Beseitigung bzw. Löschung der Gesellschaft im Handelsregister. Das Handelsregister führt das Verfahren analog nach Art. 86 HRegV selbst weiter.

KGP 26.05.2006

2.2 Strafrecht

3490

Betrug. Einfache falsche Angaben. Opfermitverantwortung. Arglist verneint (Art. 146 StG).

Sachverhalt:

Appellationsverfahren 1:

Im Zeitraum vom 21. bis 24. Juni 2003 bestellte X. für seine Firma C. per E-Mail und Telefon bei der Firma M., Einzelfirma des Geschädigten U., Digitalkameras, Compact-Flash-Cards und Notebooks im Gesamtwert von Fr. 24'690.--. X. bezahlte die bestellte Ware nicht, sondern verkaufte sie unmittelbar nach Erhalt weiter. U. erstattete am 25. Juli 2003 Strafanzeige bei der Stadtpolizei Zürich wegen Betrugs.

Am 7. Oktober 2003 wurde bei X. eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Die polizeiliche Auswertung des dabei sichergestellten Computers von X. ergab, dass dieser am 5. Oktober 2003 per E-Mail bei der Firma S. ein DVD-Gerät bestellt hatte.

Appellationsverfahren 2:

X. bestellte im Zeitraum vom 30. Mai bis Anfang Juni 2003 bei der Firma Sch., Einzelfirma des Geschädigten Sch., sechs Notebooks, ein Soundsystem und eine Speicherkarte sowie fünf Digitalkameras im Gesamtwert von Fr. 18'116.--. Die Geräte wurden X. übergeben, die Rechnungen blieben indessen unbezahlt.

Aus den Erwägungen:

1.1 Appellationsverfahren 1

Zu beurteilen ist, ob sich X. mit seinen Warenbestellungen bei der Firma M. bzw. beim Geschäftsinhaber U. des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat.

Gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich des Betrugers schuldig, wer u.a. in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt.

Das Obergericht teilt die Auffassung der Vorinstanz, wonach die folgenden Tatbestandselemente von Art. 146 Abs. 1 StGB als erfüllt zu betrachten sind: Vermögensdisposition, Vermögensschaden, Irrtum und Täuschung über Zahlungswillen und Zahlungsfähigkeit. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils verwiesen werden.

Einer eingehenden Prüfung bedarf hingegen die Frage, ob in casu die Täuschung des Geschädigten arglistig - wie dies Art. 146 StGB voraussetzt - erfolgte.

Art. 146 erfasst nicht jede Täuschung, nicht jede List, sondern nur Arglist. In dieser Einschränkung kommt die Opferselbstverantwortung zum Ausdruck: „Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfällt, wo er sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte schützen sollen, soll nicht den Strafrichter anrufen.“ (*Gunther Arzt*, Basler Kommentar, StGB II, N. 50 zu Art. 146).

Die Erfüllung des Tatbestands erfordert indes nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehrungen trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn es die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit (BGE 128 IV 18, E. 3a; 126 IV 165, E. 2a; 122 IV 146, E. 3a mit Hinweisen). In diesem Sinne gilt nach der Rechtsprechung die Täuschung als arglistig, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe (*manoeuvres frauduleuses; mise en scène*) bedient. Bei einfachen falschen Angaben liegt Arglist vor, wenn deren Überprüfung nicht

oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BGE 128 IV 18, E. 3a; 126 IV 165, E. 2a; 125 IV 124, E. 3; 122 IV 246 E. 3a). Nach der Rechtsprechung ist die Vorspiegelung des Leistungswillens grundsätzlich arglistig im Sinne von Art. 146 StGB, weil sie eine innere Tatsache betrifft, die vom Vertragspartner ihrem Wesen nach nicht direkt überprüft werden kann. Das gilt jedoch dann nicht ohne weiteres, wenn die Behauptung des Erfüllungswillens mittels Nachforschungen über die Erfüllungsfähigkeit überprüfbar ist. Soweit nämlich die Überprüfung der Leistungsfähigkeit möglich und zumutbar ist und sich aus jener ergibt, dass der andere zur Erfüllung klarerweise nicht fähig ist, scheidet Arglist aus (Urteil des Bundesgerichtes vom 28. Februar 2005, 6S.414/2004). Bei der Prüfung der Arglist ist nicht aufgrund einer rein objektiven Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, beispielsweise die besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung des Getäuschten (Urteil des Bundesgerichtes vom 3. Juli 2006, 6S.74/2006, Erw. 2.1.2; siehe auch Urteil desselben Gerichtes vom 24. Juni 2005, 6S.123/2005, Erw. 2.1; BGE 126 IV 172).

Unbestrittenermassen hat X. beim Geschädigten U. die erste Bestellung per E-Mail und die darauf folgenden Bestellungen telefonisch getätigt. Dem Computerausdruck der E-Mail-Bestellung vom 21. Juni 2003 kann entnommen werden, dass X. die E-Mail-Adresse Y. verwendete und als Bestellerin seine Firma C. aufführte. Als gewünschte Versandart wurde „Eilpaketdienst“ eingesetzt und als Zahlungsart „Rechnung“. Zweifel an der Zahlungsfähigkeit von X. kamen dem Geschädigten nach seinen eigenen Aussagen erst, als die Zahlungsfrist von 10 Tagen verstrich und er X. eine erste und eine zweite Mahnung geschickt hatte. Erst dann sah er sich die Webseite der Firma von X. an und informierte sich bei einer Inkassofirma über die Bonität von X.

Zu den genauen Umständen der Bestellungen gab der Geschädigte in seiner Anzeige an, X. habe beim ersten telefonischen Kontakt von einem Fotostudio und von Fotoproduktion gesprochen. X. habe damals am Telefon erwähnt, er müsse die Ware sofort haben, er oder seine Mitarbeiter müssten geschäftlich mit der Ware nach Deutschland. Weiter erklärte U., er habe X. gefragt, ob er zahlen könne. Dieser habe sich als Geschäftsführer einer grösseren und erfolgreichen Firma ausgegeben. X. habe nur so einen Laut von sich gegeben, sozusagen, „was meinen Sie denn überhaupt“. Er habe den Angaben dieses Mannes geglaubt. X. bestreitet, sich als Geschäftsführer einer grösseren liquiden Firma vorgestellt zu haben und er bestreitet auch, dass U. ihn nach seiner Zahlungsunfähigkeit gefragt habe.

Selbst für den Fall, dass die Umstände der Warenbestellungen von X. vom Geschädigten zutreffend dargelegt worden wären, könnten in den angeführten Äusserungen von X. nach Ansicht des Obergerichtes weder ein ganzes Gebäude von raffiniert aufeinander abgestimmten Lügen (Urteil des Bundesgerichtes vom 3. Juli 2006, 6S.74/2006) noch besondere Machenschaften erblickt werden. Vielmehr müsste bezüglich Aussagen wie „bei der C. handle es sich um eine grössere und erfolgreiche Firma in der Fotoproduktion“, „es stehe unmittelbar ein Geschäftsanlass in Deutschland bevor“ sowie dem Schweigen von X. auf die Frage nach seiner Zahlungsfähigkeit von mehreren aneinandergereihten einfachen Lügen ausgegangen werden. Dies gilt im Übrigen auch für die ebenfalls nicht belegte angebliche Aussage von X., wonach „ihn kleine Firmen gross gemacht hätten, weshalb er diesen nun mit Aufträgen danken wolle“.

Liegen lediglich einfache falsche Angaben vor, stellt sich die Frage nach deren Überprüfbarkeit. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen X. und U. kann aufgrund der Tatumstände ohne weiteres ausgeschlossen werden. Die Beteiligten kannten sich vor dem 21. Juni 2003 nicht und die zwischen dem 21. und dem 24. Juni 2003 geführten Telefongespräche hatten einzig Bestellungen zum Inhalt. Hingegen muss sich der Geschädigte unter dem Titel „Opfermitverantwortung“ vorwerfen lassen, dass er trotz

des erheblichen Bestellungsumfangs in leichtfertiger und geradezu blauäugiger Weise weder Nachforschungen über die Firma C. anstellte noch eine Anfrage beim Betriebsamt machte. Insbesondere ein Anklicken der Webseite der Firma von X. hätte auf mühelose und schnelle Art eine erste Abklärung gestattet. Die Webseite hätte gezeigt, dass diese Firma nicht - wie X. angeblich vorgab - im Bereich „Fotostudio, Fotoproduktion“, sondern im Veranstaltungsbereich tätig war, was den Geschädigten bereits hätte stutzig machen müssen. Bezeichnenderweise erklärte der Geschädigte gegenüber der Stadtpolizei, wenn er die Homepage zu diesem Zeitpunkt gesehen hätte, wäre es vermutlich nicht so weit gekommen. Auch angesichts der mit dem Hinweis auf eine unmittelbar bevorstehende Geschäftsreise von X. nach Deutschland erzeugten Dringlichkeit hätten bei U. sämtliche Alarmglocken läuten und ihn zu besonderer Vorsicht mahnen müssen. Stattdessen lieferte er unter Ausserachtlassung sämtlicher Vorsichtsmassnahmen an einen unbekanntem Kunden grössere Warenmengen und hielt sich insbesondere nicht an seine eigenen Geschäftsbedingungen, welche für Neukunden Barzahlung bei Abholung oder Vorkasse bzw. Nachnahme bei Lieferung vorsehen. X. seinerseits nahm das relativ hohe Risiko, dass seine Zahlungsunfähigkeit jederzeit entdeckt werden könnte, bewusst in Kauf und nur dank der Unvorsichtigkeit des Geschädigten glückte es ihm, tatsächlich Warenlieferungen zu erwirken.

Bei dieser Einschätzung bleibt es, selbst wenn man berücksichtigt, dass der Geschädigte nach seinen Aussagen psychisch angeschlagen und IV-Rentner ist. Die Geschäftstätigkeit des Geschädigten - nach eigenen Aussagen verfügte er lediglich über einen Kundenstamm von 10 bis 12 Privatpersonen - war zwar sehr bescheiden. Andererseits führte er seine im Handelsregister eingetragene Firma, die M., bereits seit 1994, notabene im fraglichen Zeitpunkt seit 9 Jahren. Trotz seiner bescheidenen Geschäftstätigkeit, ob diese Gewinn abwarf oder nicht, konnte U. daher nicht als gänzlich „geschäftsunerfahren“ bezeichnet werden. Daran änderte auch sein schlechter Gesundheitszustand nichts, welcher ihn bis zum Auftreten von X. offensichtlich nicht daran hinderte, jahrelang einen kleinen Handel mit Elektronikgeräten zu betreiben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass X. den Geschädigten zwar bezüglich seines Zahlungswillens und seiner Zahlungsfähigkeit getäuscht hat, aber nicht arglistig, so dass das Vorliegen eines Betrugstatbestandes zu verneinen ist.

1.2 Firma S.

X. hat am 5. Oktober 2003 bei der Firma S. das Gerät „Panasonic SC-ST1“ zum Preis von Fr. 2'139.22 bestellt. Somit stellt sich die Frage, ob diese Handlung als Betrugsversuch zu werten ist.

Unter Verweis auf die vorstehend aufgeführten rechtlichen Voraussetzungen ist festzuhalten, dass über die konkreten Umstände des Bestellungsversuchs nichts bekannt ist. Wie bereits dargelegt, stellt die Bestellung von Waren oder Dienstleistungen, obwohl der Besteller zahlungsunfähig ist, zwar eine Täuschung des Vertragspartners dar, aber noch nicht zwingend eine arglistige Täuschung. Nachdem dem Obergericht, wie erwähnt, keinerlei Angaben zu den Hintergründen der Bestellung vorliegen, ist eine Beurteilung, insbesondere des Tatbestandselementes der arglistigen Täuschung, nicht möglich. X. ist dementsprechend vom Vorwurf des versuchten Betrugs freizusprechen.

2. Appellationsverfahren 2

Zu beurteilen sind im Lichte von Art. 146 StGB wiederum Warenbestellungen von X., in diesem Fall bei Sch. von der Firma Sch.

Bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen von Art. 146 StGB kann auf eine Wiederholung verzichtet und auf die entsprechenden, vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

X. bestreitet vor dem Verhörrichter, gegenüber Sch. von einer Bestellung im Umfang von 50 Notebooks geredet zu haben. Er habe aber für Mitarbeiter bestellt, die Namen könne er nennen und jeder einzelne Mitarbeiter hätte die Computer bezahlen müssen. Dies seien C., K. und St. Es sei richtig, dass er bestellt und die Waren entgegengenommen habe und dass die Rechnungen an ihn gerichtet gewesen seien.

Das Obergericht teilt die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Aussagen von C., K. und P. für die strafrechtliche Beurteilung nicht relevant sind.

Bejaht man, wie dies die Vorinstanz tut, eine Täuschung des Geschädigten bezüglich Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft von X., stellt sich auch bei den Warenbestellungen von Sch. die Frage nach der Arglist. Das Obergericht gelangt indessen einhellig zum Schluss, dass selbst für den Fall, dass X. gegenüber Sch. eine allfällige Bestellung von 50 Notebooks in Aussicht gestellt hätte, darin mitnichten ein Lügengebäude erblickt werden könnte. Das Gleiche müsste bezüglich der angeblichen Angaben von X., die Geräte seien für seine Mitarbeiter bestimmt, gelten. Diese Aussagen stellen klar einfache Lügen dar, aber noch kein raffiniertes Lügenkonstrukt.

Dagegen muss sich Sch. - analog dem Fall U. - das Nichtbeachten elementarster Sicherheitsmassnahmen im Geschäftsverkehr vorhalten lassen.

Für Sch. war X. ein neuer Kunde und der Kontakt ein erstmaliger. Ausserdem ging es bei den Telefonaten zwischen ihnen nie um private Fragen, sondern einzig um die Warenlieferungen und Fragen rund um die Installation der Geräte. Zwischen diesen beiden Personen liegt daher kein besonderes Vertrauensverhältnis vor. Im Weiteren hat X. den Geschädigten nicht von der Überprüfung seiner Angaben bzw. von einer Bonitätsprüfung abgehalten. Obwohl X. ihm eine Visitenkarte der C. überreichte, hielt es Sch. nicht für angezeigt, nähere Erkundigungen über ihn bzw. dessen Firma einzuholen. Des Weiteren erhielt Sch. einen Flyer betreffend eine Party im Z., organisiert von der C. Dazu gab der Geschädigte gegenüber der Kantonspolizei an, aufgrund dieses Flyers sei er davon ausgegangen, dass dies mit rechten Dingen zu und her gehe. X. habe einen sehr seriösen Eindruck auf ihn gemacht. Er habe sich verbal sehr gut verkaufen können und sei sehr gepflegt dahergekommen, mit Anzug. Aus diesen Aussagen des Geschädigten folgt, dass er sich vom Auftreten von X. blenden liess und sämtliche Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr übergang. Angesichts eines von Sch. behaupteten Auftragsvolumens von sage und schreibe 50 Notebooks hätte vom Inhaber einer kleinen Einzelfirma erwartet werden können, dass er vor der Lieferung der Ware Erkundigungen über die Zahlungsfähigkeit des Bestellers einziehen würde. Eine einfache Anfrage beim Betreibungsamt wäre schnell, diskret und ohne grossen Aufwand möglich gewesen. Bei diesem Geschäft aus dem üblichen Rahmen fällt weiter die Übergabe der Geräte auf dem ausserhalb des Dorfbereichs gelegenen Parkplatz der "Alten Mühle" in Wolfhalden auf und zeugt ebenfalls von der Vertrauensseligkeit und Naivität des Geschädigten. Keine Rolle spielt in casu der Faktor „Zeit“. Der Geschädigte behauptet in diesem Zusammenhang, X. habe ihm nach Erhalt der bestellten Geräte ein SMS geschickt: „Hallo Sch. Brauche auf die Schnelle 50 Notebooks.“ Dieser Aufforderung kam der Geschädigte in der Folge nicht nach und bestand nach seinen Aussagen auf der vorgängigen Bezahlung der offenen Rechnungen. Für die vorher getätigten Warenlieferungen ist das behauptete SMS deshalb nicht von Belang. Bei der vorliegenden Geschäftsbeziehung fällt auf, dass es seitens von X. praktisch bereits ausreichte, dass er seriös und sicher auftrat, um Warenlieferungen grösseren Umfangs zu erwirken. Dies war, wie bereits erwähnt, nur dank der Tatsache möglich, dass der Geschädigte die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtete. Sch. als Inhaber einer - wenn auch kleinen - Einzelfirma muss zumindest als geschäftsgewohnt bezeichnet werden, was bei der vorliegenden Beurteilung als Massstab zu nehmen ist. Spätestens nach Erhalt der Bestellung von mehreren Notebooks hätte er vor deren Auslieferung Abklärungen zur Zahlungsfähigkeit des Bestellers treffen müssen. Dies hat er nicht getan, sondern übergab X. sogar noch zwei weitere Lieferungen.

Zusammenfassend ist auch bezüglich dieses Tatbestandes festzuhalten, dass X. bezüglich der mit dem Geschädigten Sch. getätigten Geschäfte keine Arglist und folglich auch kein Betrug angelastet werden kann.

X. ist somit in beiden Appellationsverfahren vom Vorwurf des Betrugs und des Versuchs dazu freizusprechen.

Vernachlässigung von Unterhaltspflichten. Pflicht des Unterhaltsschuldners zur hinreichenden wirtschaftlichen Nutzung seiner Arbeitskraft (Art. 217 StGB).

Aus den Erwägungen:

1. Wer seine familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nicht erfüllt, obwohl er über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte, wird, auf Antrag, mit Gefängnis bestraft (Art. 217 Abs. 1 StGB).

2. Aus dem Gesetzestext abgeleitet wird auch die Pflicht des Schuldners zur hinreichenden wirtschaftlichen Nutzung seiner Arbeitskraft, mithin zur Aufnahme einer entgeltlichen Tätigkeit, die es ihm mindestens erlaubt, die Unterhaltspflichten zu erfüllen (*Thomas Bosshard*, Basler Kommentar, StGB I, N. 5 zu Art. 217). Der Schuldner kann sich auch dadurch strafbar machen, dass er aus eigenem Entschluss darauf verzichtet, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen (*Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., N. 13 zu Art. 217).

In allen Fällen sind rechtskräftige Zivilurteile über Unterhalts- und Unterstützungspflichten für den Strafrichter verbindlich (*Thomas Bosshard*, a.a.O., N. 20 zu Art. 217).

Der Angeklagte hat sowohl vor erster Instanz als auch vor Obergericht anerkannt, dass er der Unterhaltspflicht gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Unterrheintal vom 12. Januar 1996 gegenüber seiner Tochter nicht nachgekommen ist.

Zu seiner Verteidigung bringt der Angeklagte einerseits gesundheitliche Probleme vor, konkret erwähnt er vor Obergericht Probleme mit dem Bein, der Galle und der Bauchspeicheldrüse. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, hat der Angeklagte während des gesamten Strafverfahrens kein Arztzeugnis eingereicht, welches eine dauerhafte Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit belegen würde. Entsprechende Abklärungen des Verhöramtes vermochten die diesbezüglichen Aussagen des Angeklagten nicht zu erhärten. Vor Obergericht hat es der Angeklagte wiederum unterlassen, Belege zur behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit und zum behaupteten Medikamentenverbrauch im Umfang von monatlich Fr. 500.-- einzureichen. Vollumfänglich widerlegt werden indessen seine Angaben betreffend seiner angeblich reduzierten Arbeitsfähigkeit durch seine eigenen Aussagen, wonach er während täglich 15 Stunden im Restaurationsbetrieb seiner Lebenspartnerin mitarbeitet. Ab Mai 2006 wird der Angeklagte sodann zusammen mit seiner Lebenspartnerin ein neues Restaurant mit einer grossen - und entsprechend arbeitsintensiven - Gartenwirtschaft übernehmen. Gestützt auf diese Umstände ist nachfolgend von der vollen Arbeitsfähigkeit des Angeklagten und damit von der Möglichkeit zur Ausübung einer Vollerwerbstätigkeit auszugehen. Wäre die Arbeitsfähigkeit des Angeklagten tatsächlich eingeschränkt, wäre er verpflichtet, eine IV-Rente zu beantragen. Als irrelevant ist sein Einwand zu werten, „es habe ihn nie jemand darüber aufgeklärt, dass er sich bei der IV melden müsse“. Es wird aufgrund regelmässiger einschlägiger Berichterstattung in den Medien als allgemein bekannt vorausgesetzt, dass man sich bei Arbeitsunfähigkeit an die Invalidenversicherung wenden kann.

Zum anderen gibt der Angeklagte an, er betreibe während sechs Tagen pro Woche von morgens bis abends mit seiner Lebenspartnerin das Restaurant „H.“ in R. Als Entgelt für seine Tätigkeit erhält er von seiner Freundin rund Fr. 400.-- pro Monat sowie Kost und Logis. Sie bezahlt ausserdem die anfallenden Rechnungen, wie Versicherungen und Krankenkasse. Der Angeklagte muss aufgrund seines geringen Einkommens weder Einkommens- noch Vermögenssteuer bezahlen. Die aufgezeigte Lebensführung des Angeklagten macht deutlich, dass er aus freiem Entschluss auf eine - auch nur halbwegs vertretbare - optimale ökonomische Ausnutzung seiner Arbeitskraft verzichtet. Bereits in einer Anstellung mit einem Teilzeitpensum

in einer vergleichbaren Tätigkeit wäre er in der Lage, seiner Unterhaltspflicht gegenüber seiner Tochter nachzukommen. Statt dessen zieht er es vor, einer unrentablen Arbeitstätigkeit nachzugehen und Restaurantschulden statt Alimentenschulden abzubauen. Im vorliegenden Fall ist es geradezu offensichtlich, dass der Angeklagte sich seine Lebensführung exakt so eingerichtet hat, dass er über die Runden kommt, aber den Verpflichtungen gegenüber seiner Tochter nicht nachkommen muss. Mit seinem Verhalten verletzt er seine Pflicht zur wirtschaftlichen Nutzung seiner Arbeitskraft, womit er sich strafbar macht. Der objektive Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 StGB ist klar erfüllt.

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Weiss also der Schuldner um seine Unterhalts- oder Unterstützungspflicht, muss er alles Zumutbare unternehmen, um zahlungsfähig zu werden oder zu bleiben (*Thomas Bosshard*, a.a.O., N. 21 zu Art. 217). *Der Täter muss um die Leistungspflicht wissen und deren Nichterfüllung wollen.* (*Stefan Trechsel*, a.a.O., N. 14 zu Art. 217).

Dem Angeklagten ist die ihm vom Bezirksgericht Unterrheintal auferlegte Unterhaltspflicht gegenüber seinem Kind unstreitig bekannt. Das Gericht gelangt in Würdigung der gesamten Umstände zur Überzeugung, dass der Angeklagte bewusst seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt, indem er seine Arbeitskraft gänzlich unökonomisch einsetzt. Dass der Angeklagte nicht in Betracht zieht, seine Lebensumstände so zu verändern, dass er die Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann, geht unter anderem aus seinen Aussagen vor dem Verhörer hervor, wonach „ihm alles Wurst sei, er nichts mehr unternehme und auch keinen Anwalt nehme“. Somit ist auch der subjektive Tatbestand ohne weiteres erfüllt.

Ein Eingriff in den Notbedarf des Schuldners ist nie zulässig, wenn ein Gemeinwesen in die Rechte des Alimentengläubigers eintritt. Dies selbst dann nicht, wenn ihm vorzuwerfen wäre, dass er bei gutem Willen ein höheres Einkommen erzielen könnte (*Thomas Bosshard*, a.a.O., N. 6 zu Art. 217; *Stefan Trechsel*, a.a.O., N. 12 zu Art. 217; BGE 121 IV 272 ff.). Zu dieser Rechtsauffassung hat sich *Peter Breitschmid* (SJZ 88 [1992], S. 57 ff.) in überzeugender Weise ablehnend geäußert. Über die kontroverse Frage muss allerdings im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, nachdem im relevanten Deliktszeitraum Februar 2003 bis Februar 2005 keine Alimentenbevorschussung und somit auch kein Eintritt des Gemeinwesens in die Forderung der Sorgeberechtigten erfolgt ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Angeklagte wegen mehrfacher Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, begangen von Februar 2003 bis Februar 2005, schuldig zu sprechen ist.

OGer 28.02.2006

2.3 Zivilprozess

3492

Grunddienstbarkeit. Dispositionsmaxime. Aus der Prüfungspflicht des Gerichtes ergibt sich, dass dem Betrag oder dem Masse nach weniger als das Verlangte zugesprochen werden darf und muss, wenn der eingeklagte Anspruch sich nur in einem geringeren als dem geltend gemachten Ausmass als begründet erweist (Art. 102 ZPO).

Sachverhalt:

Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks Nr. 1012 im Gebiet B., Teufen. Das Grundstück der Kläger, auf dem sich das Wohnhaus Nr. 1085 befindet, ist von allen Seiten vom Grundstück des Beklagten umschlossen. Die Zufahrt zum Haus der Kläger erfolgt von der Strasse der Flurgenossenschaft B.-S. über das Grundstück des Beklagten. Für diese Zufahrt besteht gemäss Grundbucheintrag ein unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten des Grundstücks der Kläger und zulasten des Grundstücks des Beklagten. Seit einigen Jahren bestehen zwischen den Parteien Differenzen über den Inhalt und Umfang des Fahrwegrechts zugunsten der Liegenschaft der Kläger. Insbesondere gab es Diskussionen - und auch bereits zu gerichtlichen Verfahren - die Frage Anlass, wie breit die Zufahrt von der Strasse der Flurgenossenschaft zum Grundstück der Kläger sein und auf welcher Breite und mit welchen Materialien die Strasse unterhalten werden darf und wie die Einfahrt auf das Grundstück der Kläger ausgestaltet sein soll.

Aus den Erwägungen:

Die Kläger fordern in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens, es sei ihre Berechtigung festzustellen, die Strasse auf einer Breite von mindestens 3 m auf geraden Strecken bzw. 6 m im Bereich des Einlenkers zu unterhalten.

Das Kantonsgericht hat dazu festgehalten, eine generelle Einschränkung des grundsätzlich unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrechts könne durch das Gericht nicht vorgenommen werden. Den Klägern sei daher keine maximale Breite, sondern eine minimale Breite, auf der sie zum Unterhalt der Strasse berechtigt seien, zuzubilligen. Eine Mindestbreite von 3 m auf geraden Strecken und eine Ausweitung auf 6 m im Bereich des Einlenkers zum Grundstück der Kläger erscheine als angemessen und derzeit ausreichend.

Die Argumentation der Vorinstanz hat auf den ersten Blick zwar etwas für sich, die damit verbundenen Auswirkungen schießen jedoch buchstäblich über das Ziel hinaus. Wenn man den Klägern nämlich zubilligen würde, die Zufahrt zu ihrem Grundstück auf einer Breite von mindestens drei Metern zu unterhalten, hätte das zur Folge, dass sie die Strasse quasi auf einer beliebigen Breite in Stand halten könnten. Da Feuerwehrfahrzeuge, Möbeltransporter und Öltankwagen heutzutage eine maximale Breite von 2,50 bis 2,55 m aufweisen, selbstredend aber nicht müssen, reicht die Berechtigung, die Strasse auf einer Breite von 3 m zu unterhalten, auf absehbare Zeit völlig aus. Umso mehr als die Strasse der Flurgenossenschaft, von welcher die Zufahrtsstrasse zum Grundstück der Kläger abzweigt, selbst ebenfalls 3 m misst. Auch bei einem unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrecht ist der Berechtigte nämlich gehalten, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (Grundsatz „servitus civiliter exercenda“ gemäss Art. 737 Abs. 2 ZGB).

Nachdem die Kläger in Ziffer 2 ihres Rechtsbegehrens verlangen, sie seien als berechtigt zu erklären, auf der zu ihrem Grundstück führenden Zufahrt alle erforderlichen Unterhaltsarbeiten auf einer Breite von mindestens 3 Metern vorzunehmen, stellt sich die Frage, ob Ziffer 2 des Rechtsbegehrens abzuweisen ist oder ob das Gericht in Anwendung des Grundsatzes „in maiore minus“ auf eine geringere Breite, zum Beispiel 3 Meter, erkennen kann.

Nach Art. 102 Abs. 2 ZPO darf der Richter einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie verlangt, noch weniger als der Gegner verlangt. Entsprechende Bestimmungen kennen auch die Zivilprozessordnungen der Kantone Bern und Zürich (vgl. Art. 202 Abs. 1 im

Kanton Bern und § 54 Abs. 2 in Zürich). Im Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons Bern (*Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, 5. Aufl., Bern 2000, N. 2a f.) wird hierzu festgehalten, dass dem Kläger nicht ein aliud, ein Anspruch anderer Art als der im Rechtsbegehren verlangte, zugesprochen werden dürfe. Das gelte selbst dann, wenn das aliud weniger weit gehe als der eingeklagte Anspruch. So könne zum Beispiel bei Abweisung der einzig erhobenen Ungültigkeitsklage nach ZGB 519 nicht auf Herabsetzung der letztwilligen Verfügung erkannt werden. Aus der Prüfungspflicht des Gerichtes ergebe sich indessen ohne weiteres, dass dem Betrag oder dem Masse nach weniger als das Verlangte zugesprochen werden dürfe und müsse, wenn der eingeklagte Anspruch sich nur in einem geringeren als dem geltend gemachten Ausmass als begründet erweist (ähnlich *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 18 f. zu § 54).

Wenn das Obergericht die Kläger dazu berechtigt, die Zufahrtsstrasse nur auf einer Breite von 3 Metern und nicht auf einer solchen von mindestens 3 Metern zu unterhalten, ist das nach dem Gesagten also zulässig und stellt keine verpönte Zusprechung eines aliud dar.

OGer 20.06.2006

3493

Anordnung notwendiger Massnahmen auf Begehren eines Miteigentümers. Unbestimmtes Rechtsbegehren

Aus den Erwägungen:

1. V. und B. sind Eigentümer zweier aneinander gebauter Wohnhäuser. Südlich der Wohnhäuser steht ein Brunnen auf der Grundstücksgrenze. Dieser steht im Miteigentum von V. und B. Die beiden Miteigentümer sind sich in Bezug auf die notwendigen Unterhalts- und Sanierungsarbeiten am gemeinsamen Brunnen nicht einig.

Nach Art. 647c ZGB können Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten, die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache nötig sind, mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer ausgeführt werden, soweit sie nicht als gewöhnliche Verwaltungshandlungen von jedem einzelnen vorgenommen werden dürfen. Art. 647c ZGB verlangt zwar einen Mehrheitsbeschluss für notwendige bauliche Massnahmen, doch kann das Scheitern des erforderlichen Beschlusses die Anordnung und Durchführung der notwendigen Massnahmen nicht verhindern. Art. 647 Abs. 2 ZGB gibt dem einzelnen Gemeinschaftler zwingend einen Anspruch auf Durchführung notwendiger Massnahmen. Ist demnach die Gemeinschaft nicht bereit, einen solchen Beschluss zu fassen, muss der handlungswillige Miteigentümer das Gericht anrufen (*Christoph Brunner/Jürg Wichterlmann*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., Art. 647c N. 13). Gestützt auf diese Bestimmung des ZGB hat V. ein Gesuch um Anordnung von notwendigen Massnahmen beim dafür zuständigen Einzelrichter des Kantonsgerichts eingereicht (Art 8 Ziff. 5 lit. b ZPO) und folgenden Antrag gestellt: B. sei zu verpflichten, die Hälfte der notwendigen Verwaltungsmassnahmen am im hälftigen Miteigentum der Parteien befindlichen Brunnen zu übernehmen; die dafür vorzunehmenden erforderlichen Massnahmen seien gemäss dem Ergebnis des Beweisverfahrens bzw. gemäss richterlichem Ermessen anzuordnen.

2. Auf das Gesuch von V. kann mangels eines korrekten Rechtsbegehrens nicht eingetreten werden. Die Bestimmungen über das Rechtsbegehren im ordentlichen Verfahren finden im summarischen Verfahren sinngemäss Anwendung (Art. 221 Abs. 2 ZPO). Unter Rechtsbegehren versteht man die kurze vollständige Formulierung des Klageanspruchs. Das Rechtsbegehren ist der Antrag an den Richter. Es spricht aus, was er anordnen soll. Das Rechtsbegehren bildet Grundlage des gesamten Prozesses. Es soll so formuliert werden, dass es bei Gutheissung der

Klage zum Urteil erhoben werden kann. Das Rechtsbegehren muss bestimmt sein. Untaugliche Rechtsbegehren führen zu einem Nichteintretensentscheid (*Max Ehrenzeller*, Erläuterungen zur Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1988, Art. 124 N. 8-10, Art. 135 N. 1). Eine Ausnahme von der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens ist nur dort gegeben, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung oder des genauen Anspruches abgibt (*Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kapitel 7, N. 5e). Im Verfahren zur Anordnung notwendiger baulicher Massnahmen im Sinne von Art. 647c ZGB sind dem Gericht mit dem Interventionsbegehren konkrete Massnahmen zu beantragen (*Christoph Brunner/Jürg Wichter mann*, a.a.O., Art. 647 N. 54).

Diesen Anforderungen an das Rechtsbegehren genügen die Anträge der Gesuchstellerin bei weitem nicht. Sie hat es unterlassen, dem Gericht konkrete bauliche Massnahmen zu beantragen. Sie hat überhaupt nicht dargelegt, was sie als geeignete Massnahme in Bezug auf den gemeinsamen Brunnen hält. Konkret wird es wohl, wie den Akten entnommen werden kann, darum gehen, dass der Brunnen entweder saniert oder abgebrochen wird. Welche Lösung die Gesuchstellerin anstrebt, hat sie dem Gericht mitzuteilen. Das Gericht kann nicht wissen oder erahnen, was die Gesuchstellerin will. Ein Beweisverfahren zu den Varianten Sanierung oder Abbruch macht keinen Sinn. Insbesondere war der Antrag auf Expertise über die Frage, welche notwendigen Verwaltungsmassnahmen allenfalls zu ergreifen wären, untauglich. Auch ein Experte kann nicht wissen, welche Lösung die Gesuchstellerin in Bezug auf den gemeinsamen Brunnen anstrebt. Nachdem die Parteien an der Besprechung vom 6. Februar 2004 offenbar übereingekommen sind, dass einerseits der Brunnen abgebrochen und auf dem Grundstück der Gesuchstellerin neu aufgebaut werde und andererseits der Gesuchsgegner die Löschungsbewilligung für sein Nutzungsrecht am gemeinsamen Brunnen abgebe, hätte ein taugliches Rechtsbegehren z. B. auf Durchsetzung der Abgabe der Löschungsbewilligung lauten können. So wie das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin formuliert ist, kann es nicht zum Urteil erhoben werden, was bedeutet, dass auf das Begehren der Gesuchstellerin auch aus diesem Grunde nicht eingetreten werden konnte.

OGP 31.10.2006

3494

Liechtensteinisches Scheidungsurteil. Vollstreckbarkeit der Aufteilung von Freizügigkeitsleistungen (Art. 287 ZPO)

Aus den Erwägungen:

1. K. und F. waren früher verheiratet und wohnten im Fürstentum Liechtenstein. Mit Urteil des Fürstlichen Landgerichtes vom 7. März 2006 sind sie geschieden worden. Dieses Urteil ist gemäss Bescheinigung des Fürstlichen Landgerichtes am 8. März 2006 in Rechtskraft erwachsen. In Ziff. 5 des Urteils hat das Fürstliche Landgericht in Bezug auf die berufliche Vorsorge der Parteien folgendes entschieden:

„Die Freizügigkeitsleistung in der Pensionsversicherung des F. in der Zeit von der Eheschliessung bis zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft beträgt CHF 58'487.65. Die Hälfte dieser Freizügigkeitsleistung steht K. zu, sohin ein Betrag von CHF 29'243.83. Die Winterthur Columna Versicherung wird angewiesen, den genannten Betrag auf ein von K. bekannt zu gebendes Pensionssperrkonto zu überweisen.“

Am 7. März 2006 hat K. bei der Liechtensteinischen Landesbank ein Vorsorgesperkonto eröffnet und die Winterthur-Columna Stiftung für die berufliche Vorsorge ersucht, den vom Fürstlichen Landgericht festgesetzten Betrag auf dieses Sperrkonto zu überweisen. Die Winterthur-Columna Stiftung hat K. am 21. März 2006 mitgeteilt, dass für die Überweisung des Vorsorgebetrags eine Vollstreckbarkeitserklärung des liechtensteinischen Urteils durch ein

schweizerisches Gericht benötigt werde. Nach Zustellung der Vollstreckbarkeitserklärung werde die Überweisung vorgenommen werden können.

Mit Eingabe vom 11. April 2006 hat sich K. an das Kantonsgericht Appenzell A.Rh. gewendet und um Zustellung einer Vollstreckbarkeitserklärung ersucht. Das Kantonsgericht hat das Begehren von K. zuständigkeitshalber an den Einzelrichter des Obergerichts überwiesen.

2. Nach Art. 287 der Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) wird auf Begehren einer Partei über die Frage der Vollstreckbarkeit ausländischer Erkenntnisse, sofern diese nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten, durch den Einzelrichter des Obergerichts im summarischen Befehlsverfahren ein besonderer Entscheid getroffen. Im Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 16. September 1988 (LugÜ; SR 0.275.11) entscheidet hingegen der Einzelrichter des Kantonsgerichts über Anerkennung und Vollstreckbarkeit von ausländischen Urteilen (Art. 287^{bis}, 287^{ter} ZPO).

Ob Entscheidungen ausländischer Gerichte über die Aufteilung von Freizügigkeitsguthaben in der beruflichen Vorsorge unter das LugÜ fallen ist fraglich, kann aber offen bleiben, weil das Fürstentum Liechtenstein dem Lugano-Übereinkommen bisher gar nicht beigetreten ist (www.admin.ch/d/SR/O_275-11/Index.html). Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters des Obergerichts ist damit gegeben.

Über die Frage der Vollstreckbarkeit ausländischer Erkenntnisse wird nach Art. 287 ZPO im summarischen Befehlsverfahren ein besonderer Entscheid getroffen. Das Befehlsverfahren (Art. 231 ff. ZPO) ist ein Zweiparteienverfahren. Gegenpartei der Gesuchstellerin ist deren geschiedener Ehemann, der heute im Kanton Appenzell A.Rh. wohnt. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Vollstreckungsrichters ergibt sich somit aus Art. 3 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG; SR 272).

3. Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Urteilen richten sich nach den entsprechenden bilateralen oder multilateralen internationalen Abkommen. Die Schweizerische Eidgenossenschaft und das Fürstentum Liechtenstein haben am 25. April 1968 ein Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen abgeschlossen (SR 0.276.195.141). Nach dessen Art. 1 werden die in einem der beiden Staaten gefällten gerichtlichen Entscheidungen in Zivilsachen im andern Staat anerkannt, wenn die Entscheidungen nicht gegen die öffentliche Ordnung des Staates verstossen, in welchem die Entscheidung geltend gemacht wird (Ziff. 1), die Entscheidung von einem nach den Bestimmungen des Art. 2 zuständigen Gericht gefällt wurde (Ziff. 2), die Entscheidung nach dem Recht des Staates, in dem sie ergangen ist, in Rechtskraft erwachsen ist (Ziff. 3), sowie, im Falle eines Versäumnisurteils, die einleitende Verfügung oder Ladung rechtzeitig der säumigen Partei zugestellt worden ist (Ziff. 4).

Die Zuständigkeit des Gerichtes des Staates, in welchem die Entscheidung gefällt wurde, ist nach Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 des Abkommens begründet, wenn der Beklagte im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens seinen Wohnsitz im dem Staate hatte, in welchem die Entscheidung ergangen ist. Art. 3 des Abkommens bestimmt schliesslich, dass die von den Gerichten des einen der beiden Staaten gefällten Entscheidungen, deren Anerkennung im anderen Staat verlangt wird, nur daraufhin geprüft werden dürfen, ob die in Art. 1 des Abkommens vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Eine sachliche Nachprüfung dieser Entscheidungen darf in keinem Falle stattfinden.

4. Die Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung verlangt oder deren Vollstreckung beantragt, hat nach Art. 5 des Abkommens die zu vollstreckende Entscheidung, eine Bescheinigung über die Rechtskraft derselben, im Falle eines Versäumnisurteils eine Abschrift der den Prozess einleitenden Verfügung oder Ladung und eine Bescheinigung über die Art und Zeit ihrer Zustellung an die nicht erschienene Partei, gegebenenfalls eine richtig bescheinigte Abschrift der Klage sowie gegebenenfalls eine Übersetzung der einzureichenden Dokumente beizubringen.

Das liechtensteinische Scheidungsurteil der Parteien ist kein Versäumnisurteil. Es ist in deutscher Sprache verfasst und ausreichend begründet. Für die Anerkennung dieses Urteils genügt daher die Einreichung des Originalurteils versehen mit einer Rechtskraftbescheinigung.

Diesen Anforderungen genügt das von der Gesuchstellerin am 8. Mai 2006 eingereichte Originalurteil mit der vom Fürstlichen Landgericht verkündeten Rechtskraftbescheinigung.

5. Auch die sachlichen Voraussetzungen zur Anerkennung von Ziffer 5 des liechtensteinischen Scheidungsurteils im Sinne von Art. 1 des Abkommens sind erfüllt. Die Teilung der Freizügigkeitsansprüche in der beruflichen Vorsorge infolge der Ehescheidung verstösst offensichtlich nicht gegen die öffentliche Ordnung der Schweiz. Die hälftige Aufteilung der Austrittsleistungen im Falle der Ehescheidung ist gemäss Art. 122 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) auch hier die Regel. Das Fürstlich Liechtensteinische Landgericht war zur Ehescheidung der Parteien, die damals im Fürstentum Liechtenstein wohnten, und zur Regelung der Nebenfolgen zuständig. Die Voraussetzungen zur Anerkennung des Urteils im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 des Staatsvertrags sind gegeben.

OGP 31.05.2006

3495

Übergangsrecht. Neue Zuständigkeiten in der revidierten Zivilprozessordnung, Rechtsmittel (Art. 7 Ziff. 2, 293 ZPO)

Aus den Erwägungen:

1. Am 1. Juni 2006 sind die vom Kantonsrat in erster Lesung am 12. September 2005 und in zweiter Lesung am 13. Februar 2006 beschlossenen bedeutenden Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) in Kraft getreten (Amtsblatt Nr. 17 vom 26.04.2006, S. 357). Davon betroffen ist unter anderem die Zuständigkeit der Einzelrichter des Kantonsgerichts im Sinne von Art. 7 ZPO. Ziffer 2 der genannten Bestimmung legt fest, dass die Einzelrichter des Kantonsgerichtes für Forderungen bis zu einem Streitwert von Fr. 3'000.-- entgültig entscheiden. Die frühere Streitwertgrenze lag bei Fr. 500.--.

Am 8. November 2005 hat die M. AG beim Einzelrichter des Kantonsgerichts eine Forderungsklage über Fr. 1'881.25 gegen S. eingereicht. Der Einzelrichter hat die Klage mit Urteil vom 19. Juni 2006 abgewiesen. Er hat den Parteien das ordentliche Rechtsmittel der Appellation eröffnet. Die Klägerin hat davon Gebrauch gemacht und ausführlich begründet, warum sie den angefochtenen Entscheid trotz des unter Fr. 3'000.-- liegenden Streitwertes für appellabel hält. Der Beklagte liess hingegen mit Verweis auf die per 1. Juni 2006 geänderten Bestimmungen der Zivilprozessordnung Nichteintreten auf die Appellation beantragen.

2. Tritt ein neues Gesetz in Kraft, so fragt sich regelmässig, auf welche Sachverhalte das alte Recht noch anzuwenden ist und welche Sachverhalte nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. Beim Übergang von altem zu neuem Recht können sich verschiedene Probleme ergeben. Es ist vorab am Gesetzgeber, diese Probleme zu erkennen und, soweit nötig, durch geeignete Übergangsbestimmungen zu lösen. Der Entscheid für oder gegen Übergangsbestimmungen sowie gegebenenfalls deren Ausgestaltung müssen den üblichen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns genügen (*Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24, Rz. 16). Rechtsstaatliche Schranken finden sich insbesondere in Art. 5 der Bundesverfassung (BV; SR 101). Aus dieser Bestimmung ergibt sich das Verbot der Rückwirkung sowie der Vorwirkung von Gesetzen. Wenn Art. 5 BV bestimmt, Grundlage und Schranke staatlichen Handelns sei das Recht, ist das jeweils geltende Recht gemeint. Für die Belange des materiellen intertemporalen Rechts ergibt sich daraus das auf Verfassungsrecht basierende Prinzip, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben. Neue Verfahrensvorschriften sind hingegen, vorbehaltlich der von der Rechtsprechung formulierten, hier nicht relevanten Einschränkungen, grundsätzlich mit dem Tage des Inkrafttretens des neuen

Rechts sofort anwendbar, es sei denn, das neue Recht kenne anders lautende Übergangsbestimmungen (*Ulrich Meyer/Peter Arnold*, Intertemporales Recht, Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, ZSR 2005, S. 140).

Der Kantonsrat hat mit Art. 293 Übergangsbestimmungen in die Zivilprozessordnung aufgenommen. Er hat sich in lit. a dafür entschieden, dass für die Ergreifung eines Rechtsmittels und das Rechtsmittelverfahren das beim Erlass der angefochtenen Entscheidung geltende Recht massgebend sei. Damit hat der Gesetzgeber eigentlich nur den allgemeinen Grundsatz bekräftigt, wonach Verfahrensbestimmungen sofort nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts anwendbar sind. Die endgültige Zuständigkeit der Einzelrichter des Kantonsgerichts für Forderungsklagen bei einem Streitwert bis Fr. 3'000.-- ist eine Verfahrensbestimmung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die sofortige Anwendbarkeit der neuen Zuständigkeitsordnung die Grundsätze von Art. 5 BV tangieren könnte.

Eine ähnliche aber noch weitergehende Lösung sehen z. B. die Übergangsbestimmungen der Zürcher ZPO zur Gesetzesänderung vom 24.09.1995 vor (§ 2, ZH GS 271), die bestimmen, dass das neue Gesetz auch auf Verfahren Anwendung findet, die im Zeitpunkt seines Inkrafttretens rechtshängig sind. Eine andere Lösung findet sich demgegenüber etwa in den Übergangsbestimmungen des St. Gallischen Zivilprozessgesetzes (SG sGS 161.2, Art. 320), die vorsehen, dass sich die Anwendung des bisherigen Rechts auf die Rechtsmittel erstrecke. Nach *Walter E. Habscheid* (Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1990, Rn. 43) sind zur Frage der Anwendbarkeit von neuem Recht stets die Schluss- und Übergangsbestimmungen des neuen Prozessgesetzes zu befragen, die, so der Autor, durchaus eigenständige Lösungen enthalten können. Zur Dokumentation dieser Aussage verweist *Habscheid* in Rn. 25 ausdrücklich auf Art. 293 der Appenzell A.Rh. ZPO. Es ist also zusammenfassend nicht einzusehen, weshalb Art. 293 lit. a ZPO, wie von der Klägerin behauptet, verfassungswidrig sein soll.

Im vorliegenden Falle wurde der angefochtene Entscheid am 19. Juni 2006 erlassen. Zu diesem Zeitpunkt war das neue Recht mit der abschliessenden Zuständigkeit des Einzelrichters des Kantonsgerichts bis zu einem Streitwert von Fr. 3'000.-- bereits in Kraft. Bei einem Streitwert von Fr. 1'881.25 war die Appellationsmöglichkeit somit nicht (mehr) gegeben.

3. Die Klägerin macht sodann geltend, dass die Bestimmungen von Art. 293 ZPO grundsätzlich nicht für spätere Änderungen des Gesetzes geschaffen worden seien, sondern die Situation bei Inkraftsetzung der totalrevidierten neuen ZPO am 27. April 1980 habe regeln wollen. Ansonsten hätte der Wortlaut in etwa wie folgt lauten müssen: „Für Verfahren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bzw. von Änderungen hiervon rechtshängig gemacht wurden, bleibt das bisherige Recht anwendbar mit folgenden Ausnahmen.“ Eine solche Interpretation des Gesetzestextes entspreche darüber hinaus dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot.

Der Einwand der Klägerin ist nicht stichhaltig. Der Gesetzgeber war sich bei der auf den 1. Juni 2006 in Kraft gesetzten Revision der Übergangsproblematik durchaus bewusst. Er hat daher die schon seit Einführung des Verwaltungsgerichts auf den 1. Januar 1995 überflüssige Bestimmung in Art. 293 lit. c ZPO betreffend die Rekurskommission für Sozialversicherung aufgehoben. Indem der Gesetzgeber den Art. 293 ZPO im Hinblick auf den 1. Juni 2006 bereinigt und der aktuellen Rechtslage angepasst hat, hat er auch zum Ausdruck gebracht, dass die im Gesetzestext belassenen Bestimmungen weiterhin ihre Gültigkeit behalten sollten.

Die in diesem Zusammenhang ebenfalls erhobene Rüge der Verletzung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots ist ebenfalls verfehlt. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechtes ausgewirkt hat. Das ist z.B. dann gegeben, wenn ein neues Steuergesetz die Steuerpflicht an Tatbestände anknüpft, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, also z.B. eine Schenkungssteuer einführt, welche auch Schenkungen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes gemacht worden sind, einer Besteuerung unterstellt (*Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 329). Die Rückwirkung führt zu Rechtsfolgen, die im Zeitpunkt, da sich der zu beurteilende Sachverhalt zutrug, nicht voraussehbar waren. Damit steht sie im Widerspruch zu den Anliegen der Rechtssicherheit (*Beat Tschannen/Ulrich Zimmerli*, a.a.O., § 24 Rz. 23). Aus diesen

Lehrmeinungen wird ersichtlich, dass es sich im vorliegenden Falle gar nicht um eine Frage der Rückwirkung handelt. Die auf Fr. 3'000.-- angehobene Streitwertgrenze gemäss Art. 7 Ziffer 2 ZPO galt erst vom Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes also vom 1. Juni 2006 an. Von diesem Tage an konnten aber Entscheide über Forderungen die unter dieser Streitwertgrenze liegen, nicht mehr mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation angefochten werden.

4. Die Klägerin rügt weiter, dass mit der Anwendung des neuen Rechts das Gleichbehandlungsgebot massiv verletzt würde. Es wäre vollkommen willkürlich (und stünde mitunter in der Willkür des Richters), wenn in zwei gleichzeitig angehobenen Verfahren das eine, lediglich weil z.B. nur ein einfacher Schriftenwechsel angeordnet wurde, noch vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung abgeschlossen werden könnte, das andere hingegen mit doppeltem Schriftenwechsel erst nach Änderung des Gesetzes erginge. Gerade der vorliegende Fall versinnbildliche diese Problematik exemplarisch. Die Klage sei bereits am 8. November 2005 vor dem Einzelrichter hängig gemacht worden, der doppelte Schriftenwechsel sei erst am 8. Mai 2006 abgeschlossen und mit Vorladung vom 11. Mai 2006 sei auf den 19. Juni 2006 zur Hauptverhandlung zitiert worden. Von diesem Datum stamme auch der Entscheid. Die Willkürlichkeit einer zum Nachteil der Appellantin gemachten Interpretation von Art. 293 lit. a ZPO könne gerade anhand des vorliegenden konkreten Beispiels noch gesteigert werden, indem nämlich am 8. Mai 2006 durchaus noch ein Hauptverhandlungstermin im Mai 2006 hätte festgesetzt werden können, was dann dazu geführt hätte, dass der im Mai ergangene Entscheid noch der Appellation zugänglich gewesen wäre. Diese Konsequenz würde nicht nur den Vertrauensgrundsatz verletzen, sondern auch und insbesondere das Willkürverbot und den hieraus entspringenden Gleichbehandlungsgrundsatz.

Auch diese Rüge trifft nicht zu. Dass eine Gesetzesänderung auf einen bestimmten Tag in Kraft gesetzt wird ist üblich, logisch und unvermeidbar. Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wurde damit nicht verletzt. Vor dem Stichtag galt einheitlich für alle Rechtsgenossen die Streitwertgrenze von Fr. 500.--. Nach dem 1. Juni 2006 einheitlich für alle Parteien die höhere Grenze von Fr. 3'000.--. Dass es theoretisch möglich gewesen wäre, den Termin für die Hauptverhandlung noch im Mai 2006 anzusetzen ist durchaus möglich, sofern die Parteivertreter und die Vorinstanz noch einen gemeinsamen freien Termin gefunden hätten. Dass die Hauptverhandlung dann in üblicher Absprache mit den Parteivertretern auf den 19. Juni 2006 zitiert worden ist, kann nun wirklich nicht als willkürlich bezeichnet werden. Insbesondere auch darum, weil der Vertreter der Klägerin den Termin offensichtlich akzeptiert hat. Hätte er im Hinblick auf eine offen zu behaltende Appellationsmöglichkeit auf einen Termin noch im Mai 2006 drängen wollen, hätte er sich entsprechend äussern und gegen den Verhandlungstermin vom 19. Juni 2006 protestieren müssen. Den beigezogenen vorinstanzlichen Akten ist aber nichts derlei zu entnehmen.

5. Als Letztes rügt die Klägerin schliesslich, dass die Rechtsmittelbelehrung die Parteien ausdrücklich und vorbehaltlos auf das Rechtsmittel der Appellation verweise. Auf diese Rechtsmittelbelehrung hätten sich die Parteien verlassen dürfen. Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, trotz dieser Belehrung, welche wohl in Kenntnis der Gesetzeslage erfolgt sei, nicht auf die Appellation einzutreten.

Eine fehlende, unrichtige oder unvollständige Rechtsmittelbelehrung stellt eine mangelhafte Eröffnung des Entscheids dar. Aus ihr darf den Parteien kein Rechtsnachteil erwachsen, wenn sie sich in guten Treuen darauf verlassen durften (*Max Ehrenzeller*, Erläuterungen zur Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A Rh., Speicher 1988, Art. 264 N. 3; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, a.a.O., Rz. 1645). Nennt die Rechtsmittelbelehrung ein Rechtsmittel, obwohl in Wirklichkeit gar keines gegeben ist, so entsteht einer Partei daraus kein Rechtsnachteil. Auf ein unzulässiges Rechtsmittel kann nie eingetreten werden. Allerdings kann sich die Frage stellen, ob der irreführenden Partei eine Entschädigung für die nutzlosen Aufwendungen auszurichten sei (*Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, § 63, Rz. 64; BGE 108 III 23, E. 3; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, a.a.O., Rz. 1646).

Zusammenfassend bleibt es dabei, dass der am 19. Juni 2006 unter der Herrschaft des revidierten Art. 7 Ziffer 2 ZPO von der Vorinstanz erlassene Entscheid trotz gegenteiliger

Rechtsmittelbelehrung nicht appellabel war und auf die Appellation der Klägerin daher nicht eingetreten werden kann.

OGP 20.11.2006

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3496

Rechtsöffnung. Provisorische Rechtsöffnung. Anforderungen an die Bestimmbarkeit der Höhe einer Schuld (Art. 82 Abs. 1 SchKG).

Aus den Erwägungen:

1. Erhebt ein Schuldner gegen eine Betreibung Rechtsvorschlag, so hat der Gläubiger nach Art. 79 SchKG zur Geltendmachung seines Anspruches den ordentlichen Prozessweg zu betreten.

Beruhet die Forderung indessen auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG).

2. Die Gesuchstellerin führte im Wesentlichen aus, der Gesuchsgegner habe die Gesuchstellerin im Vertrag vom 5. November 2004 mit der Durchführung der beruflichen Vorsorge beauftragt. Danach habe er der Gesuchstellerin personalspezifische Angaben gemacht, aufgrund welcher die Prämienschuld berechnet worden sei. Aus der Gesamtheit der ins Recht gelegten Urkunden lasse sich der Schuldbetrag bestimmen. Dies genüge nach BGE 114 III 71. In diesem Entscheid habe das Bundesgericht nämlich festgelegt, dass die anerkannte Schuld nicht notwendigerweise in einer einzigen Urkunde ziffernmässig bestimmt sein müsse.

3. Als Schuldanerkennung gilt eine Urkunde, aus der der Wille des Betreibenden hervorgeht, eine bestimmte und fällige Geldsumme dem Betreibenden zu bezahlen (*Panchaud/Caprez*, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 1). Die Schuldanerkennung berechtigt nur dann zur Rechtsöffnung, wenn die geschuldete Geldsumme im Titel selbst oder in einer Nebenakte, auf die sich der Haupttitel bezieht, beziffert wird (*Panchaud/Caprez*, a.a.O., § 15). Eine Schuldanerkennung kann sich also auch aus mehreren Aktenstücken zusammensetzen (*Panchaud/Caprez*, a.a.O., § 6; Entscheid des Bundesgerichts 5P.449/2002 vom 20. Februar 2003, Erwägung 3).

Zu Recht macht deshalb die Gesuchstellerin geltend, die Höhe der geschuldeten Beiträge müsse sich nicht aus dem unterzeichneten Anschlussvertrag ergeben. Dies hat auch das Bundesgericht in dem von der Gesuchstellerin zitierten Entscheid (BGE 114 III 71) ausdrücklich so festgehalten. Das Bundesgericht hatte sich in diesem Fall ebenfalls mit einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge zu befassen. Es vertrat - anders als die Vorinstanzen - die Auffassung, aus den vom Schuldner unterzeichneten Lohnlisten (für zwei Quartale) sowie den Beitragssätzen, die im ebenfalls unterzeichneten Anschlussvertrag enthalten seien, lasse sich der Schuldbetrag ohne weiteres bestimmen (S. 73).

Entscheidend für den vorliegenden Fall ist nun, dass das Bundesgericht daran festhält, die Schuld müsse **leicht** bestimmbar sein (vgl. den Ingress auf S. 71). Dies ist hier nicht möglich. Die Gesuchstellerin fordert einen Betrag von Fr. 7'026.55. Auf dem Zahlungsbefehl wird diese Forderung lediglich mit "Prämienausstand" begründet. Im Rechtsöffnungsgesuch erfolgt eine etwas genauere Angabe, dort steht, der Betrag der Forderung bestehe aus dem Saldo des Prämienkontos per Ende 2005. Wie dieser Saldo aber entstanden ist, wird nicht dargelegt und ergibt sich auch nicht aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Akten. Insbesondere in den beiden Kontoauszügen wird nicht dargelegt, wie sich der Betrag von Fr. 7'026.55 berechnet. Eine einfache Rechnung von der Art "Beitragssatz multipliziert mit gemeldeter Lohnsumme" wäre gestützt auf die von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen zwar möglich, führt aber nicht direkt zum geforderten Betrag. Damit aber fehlt es vorliegend an der vom Bundesgericht geforderten leichten Bestimmbarkeit und das Rechtsöffnungsgesuch muss abgewiesen werden.

Die Gesuchstellerin beruft sich auch noch darauf, der Gesuchsgegner habe den ihm zugesandten Kontoauszug nicht beanstandet und damit anerkannt. Auch dazu kann der von der Gesuchstellerin angerufene Entscheid des Bundesgerichts herangezogen werden. Das Bun-

desgericht hat festgehalten, dass die stillschweigende Genehmigung eines Kontokorrentauszuges keinen Rechtsöffnungstitel für den Passivsaldo eines Kontos darstelle (S. 74 f.). An diesem Standpunkt hat das Bundesgericht auch in jüngster Zeit festgehalten (Entscheid 5P.260/2005 vom 28. März 2006).

KGP 14.09.2006

3497

Weisungsrecht der Aufsichtsbehörde. Pfändung. Notbedarf. Beim im Konkubinat lebenden Schuldner ist der Grundbetrag in der Regel ungeachtet dessen, ob der Verbindung Kinder entsprossen sind oder nicht, auf die Hälfte des Ehegatten-Grundbetrages, d.h. zurzeit Fr. 775.--, festzusetzen.

Wiedererwägung. Ist eine Verfügung nach Rechtshängigkeit einer Beschwerde durch das Betreibungsamt in Wiedererwägung gezogen worden, so ist die Behandlung der Beschwerde durch die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs insoweit fortzusetzen, als mit der Wiedererwägung den im Beschwerdeverfahren gestellten Begehren nicht entsprochen worden und damit die Beschwerde nicht gegenstandslos geworden ist.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin liess den Beschwerdegegner für Unterhaltsbeiträge betreiben (Betreibungs-Nr. 20506658). Das Betreibungsamt Appenzeller Hinterland teilte ihr mit der Pfändungsurkunde vom 4. Januar 2006, versandt am 13. Januar 2006, mit, dass der das monatliche Existenzminimum von Fr. 2'629.00 übersteigende Betrag des Nettolohnes gepfändet werde. Dabei wurde das Einkommen des Schuldners als „variabel“ bezeichnet. Es verblieb kein pfändbarer Überschuss und die Pfändung war ungenügend.

Auf eine erste Beschwerde der Beschwerdeführerin (AB 06 1) erliess das Betreibungsamt Appenzeller Hinterland am 26. Januar 2006 eine neue Lohnpfändung (AB 06 2). Das Einkommen des Schuldners wurde wiederum mit „variabel“ angegeben. Beim Notbedarf (Existenzminimumberechnung) wurden hingegen verschiedene Positionen korrigiert, so dass schliesslich noch ein monatlicher Gesamtnotbedarf von Fr. 2'579.50 resultierte.

Mit Eingabe vom 6. Februar 2006 liess die Beschwerdeführerin bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs fristgerecht erneut eine Beschwerdeschrift einreichen. Darin verlangt sie, die Lohnpfändungsverfügung vom 26. Januar 2006 (Betreibungs-Nr. 20506658) sei aufzuheben und es sei eine neue Pfändung vorzunehmen. Dabei sei das Existenzminimum des Beschwerdegegners neu zu berechnen und die Gegenstände in seinem Besitz seien zu pfänden.

Aus den Erwägungen:

1. Aus der Vernehmlassung des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland ergibt sich, dass dieses seine Lohnpfändungsverfügung vom 26. Januar 2006 am 10. Februar 2006 mit Bezug auf die Positionen Entschädigung für Haushaltführung durch Lebenspartnerin und Mietzins erneut in Wiedererwägung gezogen hat. Neu kommt das Betreibungsamt auf einen monatlichen Notbedarf von Fr. 2'679.50.

Das Betreibungsamt war bis zur Einreichung seiner Vernehmlassung ohne Weiteres befugt, die angefochtene Pfändungsurkunde in Wiedererwägung zu ziehen (Art. 17 Abs. 4 SchKG). Die Vernehmlassung datiert vom 13. Februar 2006, die abgeänderte Pfändungsurkunde vom 10. Februar 2006. Ist eine Verfügung nach Rechtshängigkeit einer Beschwerde durch das Betreibungsamt in Wiedererwägung gezogen worden, so ist die Behandlung der Beschwerde durch die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs insoweit fortzusetzen, als mit der Wiedererwägung den im Beschwerdeverfahren gestellten Begehren nicht entsprochen

worden und damit die Beschwerde nicht gegenstandslos geworden ist (BGE 126 III 85; a.M. *Flavio Cometta*, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 64 zu Art. 17 SchKG).

Das bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs das Beschwerdeverfahren bezüglich der Positionen Unterhalt des volljährigen Sohnes M., erhöhter Nahrungsbedarf, auswärtige Verpflegung, Instandhaltung der Kleider, Repräsentationsspesen sowie Einnahmen und allfällige pfändbare Gegenstände des Schuldners weiterzuführen hat. Definitiv erledigt hat sich die Beschwerde hingegen mit Bezug auf die Entschädigung für die Haushaltführung durch die Lebenspartnerin des Schuldners.

2. Im Gegensatz zum Beschwerdeverfahren AB 06 1 ist der Grundbedarf vorliegend nicht angefochten.

Ziff. I/1 der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG sieht für einen alleinstehenden Schuldner einen monatlichen Grundbetrag von Fr. 1'100.-- vor; für ein Ehepaar oder zwei andere eine dauernde Hausgemeinschaft bildende erwachsene Personen liegt der Ansatz bei Fr. 1'550.-- (Ziff. II/2). Früher setzte das Bundesgericht den für ein Ehepaar gültigen Grundbetrag nur ein, wenn einem Konkubinatsverhältnis Kinder entsprossen waren und somit eine faktische Familiengemeinschaft bestand (vgl. BGE 106 III 16 f.). Diese Praxis wurde in BGE 128 III 159 und BGE 130 III 765 mit Zustimmung eines Teils der Lehre (vgl. zum Beispiel *Georges Vonder Mühl*, in: BISchK 2002, S. 128 f.) in dem Sinne angepasst, dass das Betreibungsamt den Grundbetrag des im Konkubinats lebenden Schuldners in der Regel ungeachtet dessen, ob der Verbindung Kinder entsprossen sind oder nicht, auf die Hälfte des Ehegatten-Grundbetrages festzusetzen hat.

Das Einsetzen des hälftigen Ehegatten-Grundbetrages von Fr. 775.-- pro Monat erscheint gerade bei den vorliegenden sehr tiefen Einkünften des Schuldners mehr als gerechtfertigt. Kommt hinzu, dass es beim zugrundeliegenden Betreibungsverfahren um ausstehende Unterhaltsbeiträge geht.

Zu den Aufgaben und Befugnissen der Aufsichtsbehörden gehört unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmässigkeit zunächst das auf den individuellen und konkreten Fall bezogene Weisungs- oder Instruktionsrecht (individuelle Dienstanweisung) sowie das Recht zum Erlass von Vorschriften über die Art und Weise der Amtsführung (generelle Dienstanweisung; vgl. *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 4, N. 38; *Frank Emel*, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N. 4 ff. zu Art. 13 SchKG). Zur rechtlichen Aufsicht zu zählen sind ferner Recht und Pflicht der Aufsichtsbehörden, unter bestimmten Voraussetzungen von Amtes wegen in ein Verfahren einzugreifen, sei es selbsttätig, sei es auf Anzeige hin, ohne Vorliegen einer (gültigen) Beschwerde indem sie über die Beschwerdeanträge hinausgehen (*Frank Emel*, a.a.O.). Als aufsichtsrechtliche Mittel kommen die Weisung, die Berichtigung sowie die Aufhebung eines Betreibungsaktes bzw. die Feststellung seiner Nichtigkeit zur Anwendung, wobei die Auswahl der Mittel von den konkreten Umständen abhängt. Eine erst beabsichtigte Handlung wird durch entsprechende Weisung verboten und verhindert. Bereits erlassene Akte werden berichtigt oder aufgehoben. Eine Berichtigung kann von der Aufsichtsbehörde vorgenommen oder durch Weisung angeordnet werden. Bei nichtigen Verfügungen braucht nur die Nichtigkeit festgestellt zu werden (Art. 22 Abs. 1 SchKG; *Frank Emel*, a.a.O., N. 11).

Das Betreibungsverfahren Nr. 20506658 ist noch nicht abgeschlossen. Entsprechend sind die angefochtene Lohnpfändungsverfügung vom 26. Januar 2006 - soweit sie nicht bereits in Wiedererwägung gezogen wurde - und die Wiedererwägungsverfügung vom 10. Februar 2006 aufzuheben und das Betreibungsamt Appenzeller Hinterland anzuweisen, dem Beschwerdegegner bei der Existenzminimumberechnung lediglich einen monatlichen Grundbetrag von Fr. 775.-- zu gewähren.

Notbedarf. Kosten des Besuchs- und Ferienrechts (Art. 93 SchKG)

Sachverhalt:

In der Betreuung Nr. 20060082 des Betreibungsamtes Appenzeller Mittelland betreffend eine Forderung der U. AG aus einem Pfandausfallschein gegenüber K. F. im Betrage von Fr. 137'669.70 zuzüglich Fr. 326.-- Betreibungskosten wurde am 24. Januar 2006 eine Einkommenspfändung vollzogen. Das Existenzminimum wurde auf Fr. 4'848.-- beziffert und das diesen Betrag übersteigende monatliche Netto-Einkommen des Schuldners für die Dauer eines Jahres gepfändet. Die Pfändungsurkunde wurde am 6. März 2006 versandt.

Mit Eingabe vom 17. März 2006 erhob K. F. gegen die vorerwähnte Pfändung Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs und rügte verschiedene Positionen in der Existenzminimumberechnung, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

Aus den Erwägungen:

Der Beschwerdeführer beanstandet zunächst den ihm zugestandenem betreibungsrechtlichen Notbedarf von Fr. 4'848.-- pro Monat und verlangt aus verschiedenen Gründen dessen Erhöhung.

Zunächst macht der Beschwerdeführer geltend, dass ihm gemäss Bundesgericht pro Kind 150 Franken Besuchsrechtskosten pro Monat zum Existenzminimum hinzugerechnet werden dürfen. Entsprechend hätte das Existenzminimum um 450 Franken höher ausfallen müssen.

Das Betreibungsamt weist darauf hin, dass die anwendbaren Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums keine Besuchsrechtskosten vorsähen. Im Übrigen seien die Kinder zum Teil bereits erwachsen.

Die aktuellen Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG (publiziert in BISchK 2001, S. 14 ff.) sehen tatsächlich keinen Zuschlag für Besuche durch die Kinder vor. Das Bundesgericht hat allerdings neulich entschieden, dass die Kosten für die Wochenend- und Ferienbesuche des Sohnes in der betreibungsrechtlichen Notbedarfsberechnung eines geschiedenen Vaters berücksichtigt werden können (Urteil 7B.145/2005, in: FamPra.ch 1/2006, Nr. 21). Nur nebenbei bemerkt, wurde diese Meinung bereits in einem Entscheid der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Basel-Stadt vom 22. Oktober 1968 vertreten (vgl. BISchK 1970, S. 172 ff.).

Nach einem ständigen Grundsatz werden sämtliche Zuschläge zum Grundbetrag des Existenzminimums nur berücksichtigt, wenn der Schuldner sie auch tatsächlich benötigt und *bezahlt* (*Georges Vonder Mühl*, a.a.O., N. 25 zu Art. 93 SchKG; *Kurt Amonn/Fridolin Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 23, N. 64). Voraussetzung für die Berücksichtigung von Besuchs- und/oder Ferienkosten ist somit, dass das Besuchsrecht auch ausgeübt wird resp. dass ein Ferienaufenthalt unmittelbar bevorsteht. Da den Akten bezüglich der Häufigkeit und dem Umfang des Besuchsrechts keine Anhaltspunkte entnommen werden können, hat die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs das Scheidungsurteil zwischen dem Beschwerdeführer und seiner geschiedenen Ehefrau auszugsweise beigezogen. Dem Urteil des Einzelrichters des Kantonsgerichts von Appenzell A.Rh. vom 21. November 2000 kann entnommen werden, dass die drei Töchter des Beschwerdeführers: Y., geb. 24. Mai 1986, C., geb. 11. Februar 1988, und N., geb. 24. Februar 1991, unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt worden sind. Dem Vater wurde das Recht eingeräumt, die drei Kinder an einem Wochenende pro Monat zu sich auf Besuch zu nehmen sowie während zwei Wochen pro Jahr Ferien mit ihnen zu verbringen. Das Besuchs- und Ferienrecht wurde jedoch ausgesetzt, bis ein durch die Vormundschaftsbehörde auf Vorschlag der Beiständin zu bestimmender Arzt schriftlich bestätigt, dass das Besuchs- und Ferienrecht für alle drei Kinder ausgeübt werden könne.

Bei dieser Ausgangslage hat das Betreibungsamt abzuklären, ob und falls ja, in welchem Umfang das Besuchs- und Ferienrecht tatsächlich ausgeübt wird. Nach Meinung der Auf-

sichtsbehörde spielt es dabei weniger eine Rolle, ob die beiden älteren Töchter bereits mündig sind oder nicht. Nach der Herabsetzung des Mündigkeitsalters auf 18 Jahre erscheint es vielmehr angemessen, die Frage, ob dem geschiedenen Vater für Wochenend- und Ferienbesuche der Kinder ein bestimmter Betrag im Existenzminimum zugebilligt wird, an das Kriterium der Eigenständigkeit der Kinder zu knüpfen. Das heisst, dass das Existenzminimum des Schuldners um einen bestimmten Betrag aufzustocken ist, solange die Kinder, für die er noch unterhaltspflichtig ist, das Wochenende oder Ferien bei ihm verbringen. Die Pauschale von Fr. 50.-- je Kind für drei Besuchstage pro Monat, welche die Zustimmung des Bundesgerichts gefunden hat, mag dabei einen guten Anhaltspunkt für die Bemessung des Zuschlages geben, muss aber vor dem Hintergrund des konkreten Falles nochmals einer genauen Betrachtung unterzogen werden. Geprüft werden müsste zum Beispiel, ob bei allfälligen Besuchen Reisekosten entstehen und wie hoch diese sind.

AB SchK 27.04.2006

3499

Arrest. Keine Beweisabnahmen im Arrestbewilligungsverfahren (Art. 272 Abs. 1 SchKG)

Aus den Erwägungen:

1. Am 2. März 1998 hat das Konkursamt dem Gläubiger N. gegen den Schuldner G. einen Konkursverlustschein über Fr. 28'697.50 ausgestellt. Der Gläubiger hat Ende 2005 erfahren, dass G. in der Steuererklärung für das Jahr 2004 Wertschriften und Guthaben von rund Fr. 33'000.-- deklariert hatte. Aufgrund des Konkursverlustscheins hat er daher am 8. Dezember 2005 beim Kantonsgerichtspräsidium Appenzell A.Rh. den Erlass eines Arrestbefehls bezüglich der deklarierten Wertschriften und Guthaben beantragt. Das Kantonsgerichtspräsidium hat das Arrestbegehren mit Entscheid vom 9. Dezember 2005 abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung, dass die vom Gläubiger eingereichte Berechnungsmitteilung der kantonalen Steuerverwaltung lediglich eine Sammelposition enthalte, die keinerlei Rückschlüsse auf die mit Arrest zu belegenden Wertschriften oder den Ort, wo sich diese befänden, zuliesse. Gegen diesen Entscheid hat der Gläubiger appelliert und sein Arrestbegehren erneuert. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Vorinstanz habe es in unzulässiger Weise unterlassen, bei der Steuerverwaltung antragsgemäss abzuklären, um was für Wertschriften und Guthaben es sich in Pos. 30.1 der Berechnungsmitteilung genau handle. Das sei unverständlich und würde im Einzelfall dem Schuldner Tür und Tor öffnen, um sich seinen Verpflichtungen entziehen zu können. Um dies zu vermeiden, müsse es dem Gläubiger möglich sein, auch im Arrestbewilligungsverfahren Beweisanträge zu stellen. Es werde daher beantragt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben, die Beweise abzunehmen und ihn (Gläubiger) über die Abklärungen zu orientieren.

2. Der Gläubiger kann nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen, wenn er gegen den Schuldner einen provisorischen oder definitiven Verlustschein besitzt. Der Arrest wird vom Richter des Ortes bewilligt, wo die Vermögensgegenstände sich befinden. Dabei hat der Gläubiger glaubhaft zu machen, dass Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Gläubiger seine Forderung und den Arrestgrund nicht nur glaubhaft gemacht, sondern durch den Konkursverlustschein urkundenmässig nachgewiesen hat. Ob die Verlustscheinsforderung allenfalls im Sinne von Art. 265 Abs. 2 SchKG nur beschränkt wieder vollstreckbar ist, wird nach einem allfälligen

Rechtsvorschlag anlässlich der Arrestprosequierung (Art. 279 SchKG) in einem andern Verfahren (Art. 265a SchKG) zu prüfen sein.

3. Das Glaubhaftmachen des Vorhandenseins von Vermögensgegenständen, die dem Schuldner gehören, bietet nicht selten schwierige Probleme für den Gläubiger. Im Gegensatz zur Pfändung ist es beim Arrest nämlich Sache des Gläubigers, die mit Beschlag zu belegenden Gegenstände einzeln zu bezeichnen und es ist auch genau anzugeben, wo sie sich befinden (*Walter A. Stoffel*, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 272 N. 22; *C. Jäger*, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 274 N. 11). Nach dieser strengen Praxis ist es wichtig, dass im Arrestbegehren selbst die mit Arrest zu belegenden Vermögenswerte bezeichnet und deren Standort angegeben werden; denn ohne diese Angaben kann der Richter gar keinen vollziehbaren Arrestbefehl erlassen (*Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 51 N. 33 mit Verweisen).

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass die Vorinstanz das Arrestbegehren des Gläubigers zu Recht abgewiesen hat respektiv abweisen musste. Aufgrund der eingereichten Berechnungsmittelteilung erscheint es zwar glaubhaft, dass G. per 31. Dezember 2004 über unbekannte Wertschriften und Guthaben im Umfange von rund Fr. 33'000.-- verfügt hat. Nach den geltenden Regeln im schweizerischen Arrestrecht genügt diese Glaubhaftmachung allein nicht zur Arrestbewilligung. Ein Arrest kann nur für im Einzelnen bezeichnete Gegenstände und Guthaben bewilligt werden, wenn auch deren Belegenheit bekannt gegeben respektiv glaubhaft gemacht wird. Diese Angaben sind deshalb wichtig, weil der Arrest vom Richter des Ortes bewilligt wird, wo sich die Vermögensgegenstände befinden (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Schon deswegen muss im Arrestbegehren der Arrestgegenstand und sein Standort angegeben werden. Sind mehrere, in verschiedenen Amtskreisen liegende Gegenstände mit Arrest zu belegen, muss der für jeden einzelnen Kreis örtlich zuständigen Richter den Arrest bewilligen. Dementsprechend hat ein Gläubiger unter Umständen auch mehrere Arrestbegehren zu stellen (*Amonn/Walther*, a.a.O., § 51 N. 37). Die Vorinstanz hat es daher zu Recht abgelehnt, das Wertschriftenverzeichnis aus der Steuererklärung von G. für die Steuerperiode 2004 bei der kantonalen Steuerverwaltung zur Edition zu verlangen, obwohl damit tatsächlich die Art und die Belegenheit der von G. deklarierten Wertschriften und Guthaben hätten ausfindig gemacht werden können. Eine solche Abklärung sieht aber das schweizerische Arrestrecht nicht vor.

OGP 25.01.2006

2.5 Strafprozess

3500

Verwertungsverbot der Aussagen einer Geschädigten. Teilnahmerecht und Konfrontationsanspruch verletzt (Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. d EMRK, Art. 29 und 32 Abs. 2 BV).

Sachverhalt:

Der Angeklagte unterhielt seit Sommer 2004 bis etwa August 2005 eine Liebesbeziehung zur Mutter von X. und hielt sich auch häufig in deren Wohnung auf. Zu den sexuellen Kontakten mit der damals noch 15-jährigen X. kam es im Sommer 2005. Der Angeklagte gibt an, es habe sich dabei um Handlungen wie Petting und Küssen gehandelt, zu denen es hauptsächlich auf Initiative von X. gekommen sei. Der Angeklagte bestreitet, mit X. Geschlechtsverkehr gehabt zu haben.

Der Angeklagte hat Hepatitis C. Die Anklage wirft ihm vor, er habe aufgrund der Vornahme von ungeschütztem Geschlechtsverkehr mit der Mutter von X. – und mit X. selbst, was der Angeklagte aber bestreitet – riskiert, das Virus zu übertragen. Weder X. noch ihre Mutter wurden schliesslich mit Hepatitis C infiziert. Nach Ansicht des Angeklagten kann das Virus lediglich über das Blut und nicht mit normalem Geschlechtsverkehr übertragen werden. Die Anklage ist hinsichtlich des Übertragungsrisikos gegenteiliger Meinung. Die Mutter von X. bestätigte anlässlich der Hauptverhandlung, sie habe von der Krankheit des Angeklagten gewusst und sich hinsichtlich des ungeschützten Geschlechtsverkehrs keine Sorgen gemacht; der Angeklagte sei ausserdem immer ausgesprochen sanft vorgegangen, um jedes Verletzungsrisiko auszuschliessen.

Der Angeklagte ist seit über 20 Jahren drogenabhängig. Er war aufgrund zahlreicher Verurteilungen immer wieder im Strafvollzug, teilweise auch auf freiwilliger Basis im Drogenentzug. Vom 18. Oktober 2004 bis zum 8. März 2005 hielt er sich in der Klinik Lutzenberg auf. Der Angeklagte selbst räumt ein, er habe nach der Entlassung aus der Klinik wieder Heroin, Methadon sowie die Beruhigungsmittel „Temesta“ und „Dormicum“ konsumiert. Die Anklage wirft ihm Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz in Bezug auf Heroin und „Dormicum“ vor. Der Angeklagte ist hinsichtlich des Heroinkonsums geständig. Die verschreibungspflichtigen Medikamente „Temesta“ und „Dormicum“ habe er wegen der Nebenwirkungen des Methadons benötigt und sie seien ihm vom Arzt gegeben worden.

Aus den Erwägungen:

Die Aussagen des Angeklagten stimmen in gewissen Punkten nicht mit den Schilderungen von X. überein. Diese Differenzen betreffen vor allem die Fragen, auf wessen Initiative es zu sexuellen Handlungen kam, welcher Art die Beziehung zwischen ihnen war und ob der Angeklagte mit X. (ungeschützten) Geschlechtsverkehr hatte.

Ohne näher auf die konkreten Aussagen von X. einzugehen, kann vorab festgestellt werden, dass X. am 17. Februar 2006 von der ausserordentlichen Verhörerin zur Sache befragt wurde. Die Befragung wurde nicht in Form der sonst bei Kindern üblichen Videobefragung durchgeführt, da X. und ihre Mutter zuvor auf dieses Verfahren gemäss Opferhilfegesetz verzichtet hatten. Zu diesem Termin wurde lediglich X. persönlich vorgeladen; der Angeklagte hatte von der Vorladung X.s keine Kenntnis. Der Angeklagte wurde mit X.s, von seiner Aussage teilweise abweichenden Darstellung anlässlich seiner zweiten Einvernahme durch den Verhörer am 4. April 2006 konfrontiert und konnte dazu Stellung nehmen. Allerdings wurde es dem Angeklagten in diesem Verfahren nie ermöglicht, X. direkt oder indirekt mit seiner Version der Geschichte zu konfrontieren, oder ihr Ergänzungsfragen zu stellen.

Das Recht des Angeklagten, mit der Belastungszeugin konfrontiert zu werden und ihr Ergänzungsfragen zu stellen oder stellen zu lassen, wird durch Art. 6 Ziff. 1 und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sowie durch Art. 29 und Art. 32 Abs. 2 BV garantiert. Diese Rechte - Teilnahmerecht und Konfrontationsanspruch – sind unverzichtbare Bestandteile eines fairen Verfahrens, deren Ver-

letzung durch die Untersuchungsbehörden ein Verwertungsverbot für die betreffenden Aussagen nach sich zieht. Dies gilt uneingeschränkt in all jenen Fällen, in denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, es also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt. Um die Wahrung der Verteidigungsrechte im Untersuchungsverfahren und damit die Verwertbarkeit von Aussagen von Zeugen und Auskunftspersonen sicherzustellen, ist, entgegen der Praxis des Verhöramts, jedem Angeklagten der Termin einer Zeugenbefragung mitzuteilen und er muss – insbesondere, wenn er nicht durch einen Rechtsanwalt verteidigt ist – auf seine Teilnahme- und Befragungsrechte ausdrücklich aufmerksam gemacht werden.

Die absolute Geltung der Verteidigungsrechte des Angeklagten steht in einem gewissen Spannungsfeld zu den Vorschriften des Opferhilfegesetzes, insbesondere hinsichtlich der besonderen Bestimmungen von Art. 10a ff. OHG zum Schutz der Persönlichkeit von Kindern als Opfer im Strafverfahren.

Gemäss Art. 10b Abs. 1 OHG gilt bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität, dass die Behörden das Kind dem Beschuldigten nicht gegenüberstellen dürfen. In Abs. 3 der zitierten Bestimmung wird jedoch eine Gegenüberstellung vorbehalten, wenn der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör nicht auf andere Weise gewährleistet werden kann. Damit wird deutlich, dass das Opferhilfegesetz den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren nicht einschränkt. Allenfalls ist die Ausübung des Konfrontationsrechts und des Rechts, Ergänzungsfragen zu stellen oder stellen zu lassen, durch organisatorische Massnahmen anders sicherzustellen. So ist zum Beispiel das Instrument der Videoeivernahme eine mögliche Ersatzmassnahme für eine direkte Konfrontation. Dabei üben die Parteien ihre Rechte durch die befragende Person aus, wobei sich der Angeklagte in einem anderen Raum aufhalten und die Befragung audiovisuell verfolgen können muss, um die Möglichkeit zu haben, in unmittelbarem zeitlichem Konnex Fragen stellen zu lassen und auch die nonverbalen Teile des Einvernahmegesprächs wahrnehmen zu können. Ob allenfalls noch andere Ersatzmassnahmen zur Wahrung der Verteidigungsrechte des Angeklagten in Frage kommen, ist im Einzelfall sorgfältig abzuwägen. Der Angeklagte muss jedenfalls auf direktem oder indirektem Weg und möglichst zeitgleich mit der Einvernahme des Belastungszeugen mit dessen Aussagen konfrontiert werden und er muss die Möglichkeit haben, in geeigneter Form Ergänzungsfragen zu stellen. Nur so ist sichergestellt, dass er Unstimmigkeiten in der Aussage der Belastungszeugin sofort aufdecken kann, was sich unter Umständen auf das gesamte Aussageverhalten auswirken kann.

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass es auch zur Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden gehört, die Wahrung der Verteidigungsrechte des Angeklagten sicherzustellen. In der Regel ist die Wahrung dieser Rechte gesichert, wenn der Angeklagte einen Verteidiger zur Seite hat, der die Verteidigungsrechte kennt und deren Einhaltung im Verfahren durch entsprechend aktives Vorgehen durchsetzt. Ist der Angeklagte nicht verteidigt, so ist die Strafverfolgungsbehörde nicht nur gehalten, sondern sogar verpflichtet, das Verfahren so zu führen, dass die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte durch den Angeklagten tatsächlich erfolgen kann. Dies bedingt in den meisten Fällen, in denen ein Angeklagter nicht verteidigt ist, dass man ihn aktiv über seine Rechte informiert. Andernfalls wird in Kauf genommen, dass die unter Verletzung der Verteidigungsrechte zustande gekommenen Untersuchungshandlungen dem verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Anspruch auf ein faires Verfahren nicht genügen, deshalb aufgrund der absoluten Natur dieser Rechte nichtig sind und folglich – soweit sie den Angeklagten belasten und sich eine Verurteilung zur Hauptsache darauf stützen müsste – nicht verwertet werden dürfen.

Im vorliegend zu beurteilenden Fall steht fest, dass eine direkte Konfrontation des Angeklagten mit der einzigen Belastungszeugin X. nicht stattfand und auch nicht auf andere, indirekte Weise ermöglicht wurde. Der Angeklagte wurde weder von dem Einvernahmetermin in Kenntnis gesetzt noch auf seine Verteidigungsrechte aufmerksam gemacht. Er hatte keine Möglichkeit, allfällige Unstimmigkeiten in X.s Aussagen durch das Stellen von Ergänzungsfragen aufzudecken. Somit wurden die Verteidigungsrechte des Angeklagten hier klar verletzt, was zur Folge hat, dass für X.s Aussage ein Verwertungsverbot besteht. Weitere Beweise für einen von der Darstellung des Angeklagten abweichenden Tathergang liegen nicht vor; es steht X.s Aussage gegen die des Angeklagten. Weil X.s Aussage massgeblich für die

Beurteilung der vorliegenden Straftat wäre und einen erheblichen Einfluss auf die Strafzumessung hätte, aber nicht verwertet werden darf, ist daher – soweit die Aussage X.s gegen die des Angeklagten steht – allein auf die Sachverhaltsdarstellung des Angeklagten abzustellen.

Der Angeklagte ist dabei auf seine Zugeständnisse zu behaften. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Angeklagte keinen Geschlechtsverkehr mit X. hatte, dass X. aus eigener Initiative sexuelle Handlungen mit dem Angeklagten wollte und vornahm und dass die Beziehung der beiden durchaus den Charakter einer Liebesbeziehung aufwies.

KGer, 2. Abt., 03.07.2006

3501

Ehrverletzungsdelikte. Mangelhafter Leitschein. Gesetzeskonformer Leitschein als Prozessvoraussetzung. Bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung ist das Verfahren durch Beschluss einzustellen (Art. 187 Abs. 1 Ziff. 3 StPO, Art. 165 Abs. 2 StPO).

Aus den Erwägungen:

1.1 Vorab ist klarzustellen, dass im appenzell-ausserrhodischen Strafprozessrecht Klagen wegen Ehrverletzungen im ordentlichen Untersuchungsverfahren durchgeführt, der Geschädigte sich aber vorher beim Vermittler um eine Aussöhnung mit dem Beschuldigten bemühen muss. Somit handelt es sich vorliegend um kein sogenanntes prinzipiales Privatstrafklageverfahren (vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., N. 1 und 2 zu § 88; *Bänziger/Stolz/Kobler*, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 2. Aufl., Speicher 1992, N. 1 zu Art. 185).

Das Verfahren bei Ehrverletzungsdelikten ist in den Art. 185 - 192 StPO speziell geregelt. Unbestritten fehlen im Leitschein vom 18. Juni 2004 die von der Strafprozessordnung bei Ehrverletzungsdelikten geforderten Angaben (Art. 187 Abs. 1 Ziff. 3 StPO). Weder hier noch im Vermittlungsbegehren von RA N. ist aufgeführt, welche ehrverletzenden Äusserungen X. gegenüber E. gemacht haben soll, geschweige denn wo und wann. Das Vermittlungsverfahren bei Ehrverletzungen ist mit demjenigen in Zivilstreitigkeiten vergleichbar (vgl. insbesondere Art. 129 Zivilprozessordnung). Im Zivilprozess ist die ordnungsgemässe Klageerhebung eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung (Art. 116 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO). Unter die ordnungsgemässe Klageerhebung fällt auch ein ordnungsgemäss ausgestellter Leitschein (*M. Ehrenzeller*, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., N. 2 zu Art. 116). Dagegen fehlt in der Strafprozessordnung eine Art. 116 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO entsprechende Bestimmung. In diesem Zusammenhang ist nach Meinung des Obergerichtes zu berücksichtigen, dass im Strafverfahren der Grundsatz gilt, dass die dem Angeklagten zur Last gelegten Straftaten möglichst klar umrissen sein müssen. Diesem Ziel dient die vom Betroffenen in Ziff. 3 von Art. 187 Abs. 1 StPO geforderte Konkretisierung der ehrverletzenden Äusserungen. Entsprechend lehnen es die ausserrhodischen Gerichte in langjähriger Praxis bei Ehrverletzungsdelikten ab, nicht vermittelte Äusserungen zu beurteilen (vgl. *Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 1 zu Art. 187). Selbst in einem unter Umständen fortgeschrittenen Verfahrensstadium ist gestützt auf Art. 185 Abs. 2 StPO ein Vermittlungsverfahren durchzuführen, falls sich während der Untersuchung Ehrverletzungsdelikte ergeben. Unter diesen Gesichtspunkten muss Ziff. 3 von Art. 187 Abs. 1 StPO zweifellos als Gültigkeits- und nicht als blosse Ordnungsvorschrift bezeichnet werden, welche im Interesse der Rechtssicherheit zwingenden Charakter hat; ein Verstoss dagegen führt zur Ungültigkeit der Handlung (vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann*, a.a.O., N. 29 zu § 43). Das Obergericht gelangt somit gestützt auf Zweck und Bedeutung von Art. 187 Abs. 1 Ziff. 3 StPO zum Schluss, dass bei Ehrverletzungsdelikten ein gesetzeskonformer Leitschein eine

Prozessvoraussetzung, wie beispielsweise die Verjährung oder der Strafantrag (*Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 4 zu Art. 153), darstellt. Daran mangelt es im vorliegenden Ehrverletzungsverfahren.

Im Übrigen ist der Vorwurf des überspitzten Formalismus aufgrund des Gültigkeitscharakters der Vorschrift von Art. 187 Abs. 1 Ziff. 3 StPO nicht begründet. Die formelle Mangelhaftigkeit des Leitscheines anerkennen im Übrigen sowohl Geschädigter als auch Angeklagter.

1.2 E. lässt im Wesentlichen vorbringen, nachdem das Kantonsgericht die Rückweisung der Akten abgelehnt habe, hätte es richtigerweise einen Nichteintretensentscheid fällen müssen. X. lässt unter anderem einwenden, wer als Angeklagter anlässlich einer Hauptverhandlung vor Gericht stehe, müsse entweder verurteilt oder aber freigesprochen werden. Die Staatsanwaltschaft kommt zum Schluss, sofern tatsächlich kein gültiger Leitschein vorliege, müsste das Verfahren allenfalls eingestellt werden, vernünftigerweise aber ihm Rahmen eines Beschlusses zurückgewiesen werden, um die entsprechende Berichtigung vorzunehmen.

Art. 163 StPO sieht die Möglichkeit der Rückweisung der Akten durch den Präsidenten oder das Gericht vor, falls diese unvollständig sind oder wesentliche Verfahrensmängel bestehen. Eine Rückweisung ist bereits einmal durch den Kantonsgerichtspräsidenten zwecks Durchführung eines Vermittlungsverfahrens erfolgt. Das Resultat war der ungültige Leitschein vom 18. Juni 2004, weil die Bezeichnung der Ehrverletzungen und Angabe von Ort und Zeit der Begehung darin fehlte. Zu prüfen ist, ob der formelle Mangel mittels einer erneuten Rückweisung der Akten an den Vermittler behebbar ist (vgl. *Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 1 zu Art. 163). Gemäss Art. 19 Abs. 2 der Rechtspflegeverordnung (RPV; bGS 145.32; vgl. auch *M. Ehrenzeller*, a.a.O., N. 8 zu Art. 129) sind unrichtig ausgefüllte oder unvollständige Leitscheine zur Abänderung oder Ergänzung dem Vermittler zuzustellen. Im vorliegenden Fall präsentiert sich die Sachlage so, dass aufgrund der im Vermittlungsbegehren von RA N. fehlenden Auflistung der vorgeworfenen Ehrverletzungen der Leitschein vom Vermittler mangels entsprechender Informationen nicht ergänzt werden kann. Eine Rückweisung wäre aber nur in Betracht zu ziehen gewesen, wenn im Vermittlungsbegehren der erforderliche Sachverhalt dargelegt worden wäre. Kommt hinzu, dass bereits einmal eine Rückweisung stattfand, welche zu keinem Resultat geführt hat. Bei der vorliegenden Beurteilung fällt weiter ins Gewicht, dass es sich bei Art. 163 StPO um eine „Kann-Vorschrift“ handelt und der Geschädigte den Entscheid der Vorinstanz betreffend Nichtrückweisung der Akten grundsätzlich akzeptiert. Das Obergericht verzichtet aus diesen Gründen auf eine Rückweisung der Akten an das zuständige Vermittleramt.

Verzichtet das Gericht auf eine Rückweisung, stellt sich als nächstes die Frage, welches die Rechtsfolgen des dem vorliegenden Ehrverletzungsverfahren zugrunde liegenden, ungültigen Leitscheins sind. Liegen im Zeitpunkt der Beurteilung die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung nicht vor, so ist das Verfahren durch Beschluss einzustellen (Art. 165 Abs. 2 StPO). Der Einstellungsbeschluss ist ein Prozessurteil. Er schliesst das Verfahren wie ein Sachurteil ab, ohne jedoch über Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu befinden, weil eine Prozessvoraussetzung (wie etwa der Strafantrag, die Ermächtigung, die Verhandlungsfähigkeit fehlt; *Bänziger/Stolz/Kobler*, a.a.O., N. 2 zu Art. 165; siehe auch *Hauser/Schweri/Hartmann*, a.a.O., N. 15 zu § 41, unter Hinweis auf AR GVP 1996, S. 100). Im erwähnten Entscheid AR GVP 8/1996, Nr. 3289, führte das Obergericht in einem Strafverfahren, in welchem die absolute Verjährungsfrist geendet hatte, aus, dass ungeachtet in welchem Verfahrensstadium sich der Eintritt der Verfolgungsverjährung verwirkliche, ein Einstellungsbeschluss zu ergehen habe. Diese Überlegungen sind auch auf das vorliegende Fehlen eines gesetzeskonformen Leitscheins anzuwenden. Hingegen kann der Beurteilung des Kantonsgerichts, welches gestützt auf ein Urteil aus dem Jahre 1985 auf einen Freispruch erkannte, nicht gefolgt werden. Es ist nicht korrekt, bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung ein Sachurteil zu fällen. Daran ändert auch das Vorliegen von prozessual nachlässigem Verhalten einer Partei und eine lange Verfahrensdauer nichts.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist somit der Freispruch des Kantonsgerichtes aufzuheben und das vorliegende Ehrverletzungsverfahren gegen X. einzustellen.