Appenzell Ausserrhoden

Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis

AR GVP

19/2007

A.

Verwaltungsentscheide

1447

Erschliessung. Es ist Sache der Gemeinde, die Erschliessung des Baugebiets zeit- und sachgerecht zu planen. Die vorgesehene Erschliessung eines Quartierplangebiets mit einer Sackgasse mit Wendeplatz statt mit einer Ringstrasse ist im konkreten Fall sachgerecht.

3. Gemäss dem am 19. März 1985 vom Regierungsrat genehmigten Quartierplan Sonnenberg erfolgt die Erschliessung der Parzellen Nr. A, B, C und D über die Sonnenbergstrasse, die bei der Parzelle Nr. E in einer Sackgasse mit Wendehammer endet. Das vom Gemeinderat H. abgewiesene Begehren des Rekurrenten auf Weiterführung der Sonnenbergstrasse in die Sonnenhaldenstrasse auf der Parzelle Nr. E entspricht nicht dem geltenden Quartierplan Sonnenberg, weil es für einige Parzellen eine andere Erschliessungsvariante vorsieht.

Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) nennt die Voraussetzungen einer genügenden strassenmässigen Erschliessung. Danach ist ein Land erschlossen, wenn eine hinreichende Zufahrt für die betreffende Nutzung besteht. Nach Art. 57 Abs. 1 Baugesetz (BauG; bGS 721.1) sorgen die Gemeinden für die zeit- und sachgerechte Erschliessung der Bauzonen. Nach Art. 95 Abs. 3 lit. a BauG gilt ein Grundstück als erschlossen, wenn eine für die vorgesehenen Nutzung hinreichende, rechtlich gesicherte genügende Zufahrt besteht. Ob diese Anforderungen erfüllt sind oder ob die bestehende Erschliessung zu erweitern ist, ist ein kommunaler Ermessensentscheid. Das Departement Bau und Umwelt amtet vorliegend nach Art. 110 Abs. 1 lit. c BauG als verwaltungsinterne Rekursinstanz, die den Entscheid der untergeordneten Gemeindebehörde grundsätzlich auch auf seine Angemessenheit hin überprüfen kann. Die übergeordnete Verwaltungsbehörde auferlegt sich dabei aber grosse Zurückhaltung, weil sie ohne Not nicht in Entscheide eingreifen will, für welche die untergeordnete Behörde wegen ihrer grösseren Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen besser geeignet ist (*Häfelin/Müller/Uhlmann,* Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, N 474). Eine Erschliessung muss zudem den fachtechnischen

Anforderungen wie den Normen des Strassenbaus und den massgeblichen Umständen des Einzelfalls genügen (*Waldmann/Hänni,* Handkommentar, RPG 2006, Art. 19 N 20, 21). Gemäss dem neu in Kraft getretenen Strassenreglement der Gemeinde H. [...] (StrR) sind nach Art. 57 auf laufende Verfahren die neuen Bestimmungen anwendbar. Nach Art. 31 Abs. 1 StrR ist eine maximale Steigung für Groberschliessungsstrassen von 15 % zulässig.

3.1Die von rekurrentischer Seite im Anschluss an die Augenscheinverhandlung [...] eingereichte Machbarkeitsstudie eines Ingenieurbüros über die technische Realisierbarkeit des gewünschten Strassenverbindungsstückes ist im Folgenden vom Gemeinderat H. [...] nicht substantiiert bestritten worden und ist in der eingegebenen Form auch nicht zu bemängeln. Gemäss der in dieser Machbarkeitsstudie vorgeschlagenen Variante der beantragten Verbindungsstrasse läge die maximale Steigung bei 14.5 %, womit die zulässige grösstmögliche Steigung des StrR von 15 % noch eingehalten wäre.

3.2Wesentlich ist vorliegend jedoch die rechtmässige Ausübung des kommunalen Ermessensspielraums, was aufgrund der konkreten Umständen zu beurteilen ist. Die Vorinstanz bringt vor, dass für die noch nicht überbauten Parzellen Nr. A, B, C und D der bestehende westliche Teil der Sonnenbergstrasse mit Wendehammer eine ausreichende Erschliessung darstelle und eine übermässige Erschliessung zu vermeiden sei. Diese Argumentation ist unter Beiziehung des geltenden Nutzungsplanes [...] der Gemeinde H. betreffend der Gebiete Sonnenberg und Langmoos sowie des Quartierplanes Sonnenberg vom 19. März 1985 nachvollziehbar und die bestehende Zufahrt mit Wendehammer im Sinne von Art. 95 BauG als genügend zu beurteilen. Eine allgemeingültige Praxis, nach welcher bei Erschliessungen Sackgassen zu vermeiden seien und ein Recht auf eine Durchgangsstrasse bestände, ist nirgends auszumachen. Im Gegenteil verdeutlicht ein Blick auf vergleichbare Quartierpläne die Gängigkeit der weiterhin fortbestehenden Erschliessung der Bauzonen durch die Gemeinden mit Wendeplätzen oder Kreiseln (z.B. Quartierplan Mühltobel Süd II vom 16. August 2005 in W.; Quartierplan Haag-Büel vom 7. November 2000 in N.; Quartierplan am Mattenbach vom 13. Dezember 2006 in G.; Quartierplan Bad Unterrechstein vom 29. November 2006 in G.; Quartierplan Stofel Nord vom 29. April 2003 betreffend Erschliessung Stoffelweid in T.). Die Erschliessungsvariante des Ge-

bietes Sonnenberg der Gemeinde H. ist in diesem Lichte keineswegs als unüblich zu bewerten.

3.3Auch aus raumplanerischer Sicht ist nach dem Grundsatz der haushälterischen Nutzung des Bodens nach Art. 1 Abs. 1 RPG die bestehende Erschliessung gegenüber der beantragten vorzuziehen, auch wenn bei der beantragten nur eine relativ geringe Fläche zu überbauen wäre. Der rechtskräftige Quartierplan Sonnenberg der Gemeinde H. vom 19. März 1985 sieht als zulässige Alternative zu der vom Rekurrenten beantragten Ringstrasse einen Wendeplatz am Ende der Sackgasse der Sonnenbergstrasse vor. Der besagte Wendeplatz wird überdies bei der künftigen Überbauung der genannten Parzellen Nr. A, B, C und D an Bedeutung verlieren, zumal bei deren Feinerschliessungen von eigenen Wendemöglichkeiten auf den jeweiligen Grundstücken auszugehen ist.

3.4In die Beurteilung ist weiter als gewichtiger Gesichtspunkt miteinzubeziehen, dass für die Verwirklichung des beantragten Projektes ein formelles Enteignungsverfahren gegen den Grundeigentümer auf der Parzelle Nr. E für das entsprechende Strassenstück durchzuführen wäre, was sich aber aufgrund der bereits bestehenden genügenden Erschliessung des Gebietes Sonnenberg nicht aufdrängt. Ausserdem wäre die Zustimmung der Flurgenossenschaft der Strassenparzelle Nr. F Langmoos-Sonnhalde erforderlich, die jedoch offenbar schwierig einzuholen wäre, weil sie in jüngerer Zeit angedeutet hat, dass die Kapazität ihrer Strasse nach der Überbauung der noch nicht überbauten am nördlichen Ende der Strassenparzelle liegenden Bauparzellen ausgeschöpft sei [...].

3.5Unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit haben die Verhältnisse am Augenschein [...] aufgezeigt, dass die Sichtverhältnisse bei der Einmündung der Sonnenhaldestrasse in die Langmoosstrasse bei den angrenzenden Parzellen Nr. X und Y nicht ideal sind. Es ist demnach den kommunal zuständigen Behörden nahezulegen, den Mängeln dieser Einmündung mit den geeigneten Massnahmen zu begegnen. Nach deren Beseitigung sollte die besagte Einmündung genügend Sicherheit für die Aufnahme jeglichen Verkehrs und damit auch desjenigen Mehrverkehrs bieten, der aus den noch nicht überbauten Parzellen an der Sonnhaldenstrasse entstehen wird [...]. Gleiches gälte theoretisch auch für den aus der beantragten Weiterführung der Sonnenbergstrasse in die Sonnhaldenstrasse und anschliessend in die Langmoosstrasse mündenden Mehrverkehr. Das

im Verlauf des Rekursverfahrens vorgebrachte Argument der ungenügenden Verkehrssicherheit beim Einlenker von der Sonnhaldenstrasse in die Langmoosstrasse ist somit als neutral einzustufen und demnach weder für noch gegen die Verwirklichung des gewünschten Strassenverbindungsstückes zu werten.

3.6Die des Weiteren geltend gemachte umweltschutzrechtliche Begründung, dass bei einer fehlenden Weiterführung der Sonnenbergstrasse in die Sonnhaldenstrasse die zukünftigen Bewohner auf den Parzellen Nr. A, B, C und D längere Distanzen hinnehmen müssten, ist zu relativieren. Denn für Wegfahrten ab den besagten Parzellen in östlicher Richtung ist es unerheblich, ob in westlicher Richtung ein Verbindungsstück erstellt wird. Die durch Wegfahrten ab den genannten Parzellen mit Ziel in westlicher Richtung bei Beibehaltung der bisherigen Erschliessungsvariante entstehenden höheren Abgasimmissionen aufgrund grösserer Distanzen mit der Fahrt über die Sonnenbergstrasse und der anschliessenden Einmündung in die Langmoosstrasse sind als geringfügig einzustufen und deshalb hinzunehmen. Jedenfalls vermag dieser Umstand die vorstehend abgehandelten gegen die Verbindungsstrasse sprechenden Kriterien nicht aufzuwägen.

3.7[...]

3.8Zusammenfassend ergibt die Abwägung der vorgetragenen Argumente die fehlende Notwendigkeit eines Verbindungsstückes von der Sonnenbergstrasse in die Sonnhaldenstrasse auf der Parzelle Nr. E. Der gemeinderätliche Entscheid [...] ist demzufolge nicht als unangemessen zu beanstanden. [...].

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 09.07.2007

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. August 2008 abgewiesen worden.)

1448

Baubewilligungsverfahren. Gedeckter Sitzplatz. Kleinbaute/Anbaute. Grenzabstand.

(Umstritten ist, ob ein gedeckter Sitzplatz die massgeblichen Grenzabstandsvorschriften einhält.)

4. a) Gemäss Art. 16 Abs. 2 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG; bGS 721.1) gehen die kantonal geregelten Begriffe [nach Art. 16 Abs. 1 BauG] nach Ablauf von 5 Jahren ab Inkrafttreten der regierungsrätlichen Verordnung (1. Januar 2004) den alsdann noch bestehenden kommunalen Begriffsbestimmungen vor. Bis zu jenem Zeitpunkt bzw. bis zum Inkrafttreten neuer kommunaler Bestimmungen gelten die bisherigen Begriffsdefinitionen sowie Berechnungs- und Messweisen. [...]. Da dem Departement Bau und Umwelt weder eine Änderung des Baureglements R. zur Vorprüfung unterbreitet noch vom Regierungsrat eine Änderung genehmigt wurde, wonach die Definitionen der Bauverordnung in der Gemeinde R. vor dem 1. Januar 2009 Gültigkeit erlangen, gelten nach wie vor die Begriffsdefinitionen des Baureglements R. [...] (BauR), womit diese in diesem Fall anzuwenden sind.

b) Nach Art. 19 BauR gilt in der Wohnzone W1, in welcher das Bauvorhaben geplant ist, ein kleiner Grenzabstand von 4.00 m. Eine ungleiche Verteilung des Grenzabstands ist nur bei Einhaltung des Gebäudeabstands möglich und bedarf des schriftlichen Einverständnisses des Nachbarn, der Zustimmung der Baubehörde sowie der Eintragung eines Näherbaurechts im Grundbuch (Art. 9 Abs. 4 BauR). Gemäss Art. 16 Abs. 1 BauR gelten als Kleinbauten eingeschossige und unbewohnbare Bauten mit maximal 50 m^2 Grundfläche und 3.00 m Gebäudehöhe resp. 5.00 m Firsthöhe. Kleinbauten können freistehend oder als Anbauten erstellt werden. Nach Art. 16 Abs. 2 BauR müssen Kleinbauten einen reduzierten Grenzabstand von 2.00 m einhalten.

c) Die Rekurrentin plant die Erstellung eines gedeckten Sitzplatzes, welcher westlich an das geplante Gebäude angebaut werden soll. Aus den Bauplänen geht hervor, dass dieser bis zu 3.07 m an die Grenze der Nachbarsparzelle [...] zu liegen kommt. Es stellt sich somit die Frage, ob der gedeckte Sitzplatz als Kleinbaute im Sinne von Art. 16 BauR qualifiziert werden kann, womit lediglich ein Grenzabstand

von 2.00 m (anstatt 4.00 m) eingehalten werden müsste und kein Näherbaurecht erforderlich wäre.

d) Die Gebäudehöhe bezeichnet den senkrechten Abstand zwischen dem Niveaupunkt und der Höhenlage der Schnittlinie zwischen Fassade und Dachhaut Oberkant Fassadenbrüstung bei Flachdächern (Art. 8 Abs. 2 BauR). Als Niveaupunkt gilt der Schwerpunkt des Gebäudegrundrisses auf dem gewachsenen Terrain (Art. 8 Abs. 1 BauR). Aus den Bauplänen geht hervor, dass die Gebäudehöhe des gedeckten Sitzplatzes etwa 4.5 m beträgt, womit die zulässigen 3.00 m für Kleinbauten im Sinne von Art.16 Abs. 1 BauR um ca. 1.5 m überschritten werden. Nach Art. 16 Abs. 1 BauR sind zudem nur unbewohnbare Bauten als Kleinbauten privilegiert; denn ein Nachbar soll nicht durch Immissionen (Lärm, Gerüche, Einblicke) ungebührlich belästigt werden. Bei einem gedeckten Sitzplatz handelt es sich jedoch nicht etwa um eine Garage oder einen Einstellraum, in welchem Menschen nur kurz verweilen, sondern er dient dazu, Menschen einen längeren als nur vorübergehenden Aufenthalt zu ermöglichen. Da der gedeckte Sitzplatz somit zu einem dauernden, wenn auch saisonbedingten Aufenthalt bestimmt ist, was die genannten Immissionen (Lärm, Gerüche, Einblicke) zur Folge haben kann, ist dieser als bewohnbar zu qualifizieren.

e) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der gedeckte Sitzplatz aufgrund der Gebäudehöhe und mangels Unbewohnbarkeit nicht unter den Begriff der Kleinbauten im Sinne von Art. 16 BauR fällt, womit dieser den reglementarischen Grenzabstand von 4.00 m einhalten muss bzw. für dessen Unterschreitung die Eintragung eines Näherbaurechts ins Grundbuch erforderlich wäre. Der Rekurs ist damit in diesem Punkt abzuweisen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 26.11.2007

1449

Bauen ausserhalb der Bauzone. An der Hauptfassade von traditionellen Wohnhäusern in der Landwirtschaftszone können nur Holzverkleidungen bewilligt werden. Eternitschindeln sind praxisgemäss nur an den wetterseitigen Nebenfassaden zugelassen.

(Umstritten ist die raumplanerische Auflage, die Hauptfassade eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone statt mit Eternitschindeln mit Holzschindeln oder alternativ dazu mit gestemmtem Holztäfer zu versehen.)

3.1Die Rekurrenten bringen im Wesentlichen vor, dass eine Holzschindelverkleidung witterungsanfällig sei und nicht ihrer gewünschten Farbe entspreche. Sie wünschten die Südostfassade der Hauptfassade mit Eternit zu verkleiden. Für eine gestemmte Holztäferfassade sei ihr Vordach zu klein und die Unterhaltsarbeiten zu aufwendig und teuer. Die neu zu erstellende Fassade passe vorzüglich zur Scheune und zum Nachbarhaus, dessen Fassaden mit Eternit verkleidet seien. Neue Baustoffe würden den veränderten Klimabedingungen standhalten und zugleich eine stilechte und traditionelle Bauweise ermöglichen. In R. seien bei einer ähnlichen Baute an der Hauptfassade Eternitschindeln bewilligt worden. Auch in H. seien zudem in den letzten Jahren viele Eternitfassaden entstanden.

3.2Das Planungsamt führt dagegen aus, dass praxisgemäss nur an den wetterseitigen Nebenfassaden Eternitschindeln zugelassen seien. Da es sich hier aber um die Hauptfassade handle und diese an der wetterabgewandten Seite Richtung Südosten liege, sei an der Hauptfassade eine Holzverkleidung anzubringen. Eine Praxisänderung sei nicht zu rechtfertigen.

3.3.1 Die seit 1950 nicht mehr landwirtschaftlich genutzte Baute ausserhalb der Bauzone ist mit Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes am 1. Juli 1972, mit der eine erstmalige Trennung von Bauzonen und Nichtbaugebiet einher ging, zonenwidrig geworden, womit Art. 24c Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700) anwendbar ist. Die fragliche Fassadensanierung hält die nach Art. 24c RPG i.V.m. Art. 42 Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) verlangte Wahrung der Identität der Baute ein. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Bauvorhabens ist somit nicht zu beanstanden. Gemäss Art. 112 Baugesetz (BauG; bGS 721.1) haben sich Bauten grundsätzlich so in ihre

bauliche und landschaftliche Umgebung einzufügen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht. Ausserhalb der Bauzonen haben sich Umbauten und Renovationen an traditionellen Gebäuden der herkömmlichen Bauart zumindest in Bezug auf die Material- und Farbwahl anzupassen und die Umgebung möglichst unverändert zu belassen.

3.3.2 Auch im vorliegenden Fall ist zu verlangen, dass die Sanierung der südöstlichen Fassade die traditionelle und herkömmliche Bauart bezüglich der Materialwahl einhält, weil es sich nicht nur um eine Neben-, sondern um eine Hauptfassade handelt, die zudem leicht vom G.weg, welcher von der T.strasse einmündet, einsehbar ist. Zu beachten ist, dass für bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzonen erhöhte Anforderungen an die Gestaltung gestellt werden, um das charakteristische Landschaftsbild zu bewahren. Die Unterschiede zwischen Eternitschindeln und einer Holzverkleidung mögen zwar nicht als gravierend erscheinen. Dennoch wirkt eine Holzverkleidung lebendiger und natürlicher als das künstlich hergestellte eher kühl wirkende Eternit. An der Praxis des Planungsamtes, wonach ausserhalb der Bauzonen nur an wetterseitigen Nebenfassaden Eternitschindeln zugelassen sind, ist deshalb nichts auszusetzen. Im Übrigen gilt in Fachkreisen keineswegs als unbestritten, dass asbestbefreites Eternit eine wesentlich längere Lebensdauer als Holzschindeln aufweisen soll.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 19.11.2007

1450

Umweltschutz. Art. 3 LRV. Art. 11 USG. Holzschnitzelfeuerung. Garantiert der Hersteller einer zugelassenen Holzschnitzelfeuerung, dass das Feuerungssystem unter Verwendung des angegebenen Brennstoffs die in der LRV festgelegten (vorsorglichen) Emissionsbegrenzungen für Feuerungsanlagen einhält, sind ergänzte oder verschärfte Emissionsbegrenzungen mit Art. 11 Abs. 2 und 3 USG nur vereinbar, wenn zu erwarten ist, dass die geplante Anlage übermässige Immissionen verursachen wird. Anhaltspunkte dafür liegen im konkreten Fall keine vor.

(Umstritten ist die umweltschutzrechtliche Auflage, für eine geplante Holzschnitzelheizung nur Holzschnitzel zu verwenden, welche einen tieferen (35 %) als der vom Hersteller der Feuerungsanlage garantierte (60 %) maximale Restwassergehalt aufweisen.)

4. a) Am 1. September 2007 trat die revidierte Luftreinhalte-Verordnung (LRV; SR 814.318.142.1) in Kraft. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das neue Recht sofort auf das hängige Rekursverfahren anzuwenden, da in der geänderten Verordnung keine Sonderregelung über die Anwendbarkeit des neuen Rechts in hängigen Verfahren besteht (BGer, URP 2000, 622, E. 4c).

b) Nach Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) werden Luftverunreinigungen durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt. Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Abs. 2). Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Abs. 3). Nach Art. 3 LRV müssen neue stationäre Anlagen so ausgerüstet und betrieben werden, dass sie die im Anhang 3 festgelegten Emissionsbegrenzungen einhalten. Gemäss Ziff. 521 Abs. 1 des entsprechenden Anhangs dürfen in Holzfeuerungen nur Holzbrennstoffe nach Anhang 5 Ziff. 3 Abs. 1 LRV verbrannt werden, die aufgrund ihrer Art, Qualität und Feuchtigkeit für das Verbrennen in diesen Anlagen geeignet sind. Aufgrund von Ziffer 522 Abs. 1 von Anhang 3 LRV dürfen Holzfeuerungen von 1 MW bis 10

MW die Feststoffgrenze von 20 mg/m^3 sowie den Kohlenmonoxidgehalt von 250 mg/m^3 nicht übersteigen.

5. a) [...] die geplanten Holzschnitzelfeuerungen [weisen] einen Nennwert von 1600 kW bzw. 550 kW auf, woraus eine Gesamtleistung von insgesamt 2.15 MW resultiert. Aus der entsprechenden Offerte der S. AG [...] ergibt sich zudem, dass das gewählte Feuerungssystem Wald- und Sägerestholzschnitzel mit einem maximalen Feuchtigkeitsanteil von 60 % zulässt (WS-P63-W60: Wald- und Sägerestholzhackschnitzel; Stückgrösse: 63; Feuchtigkeit: max. 60 %). Durch die Zulassungsnummer WS-P63-W60 wird vom Hersteller garantiert, dass die vorgesehenen Holzfeuerungen im Volllastbetrieb bei der Verwendung des angegebenen Brennstoffs die neue Feststoffgrenze von 20 mg/m^3 sowie den Kohlenmonoxidgehalt von 250 mg/m^3 nicht übersteigen. Kontrollen bei bestehenden Anlagen haben im weiteren gezeigt, dass mit dem geplanten Elektrofilter über 80 % der Feinstaubemissionen zurückgehalten werde können. Nach Angabe des beauftragten Ingenieurbüros wurden bei der Ausarbeitung des Projekts zudem die Richtlinien und Standards des „Qualitätsmanagement (QM) Holzheizwerke“ berücksichtigt. Dieses Instrument stellt sicher, dass grössere Holzheizungen fachgerecht geplant, realisiert, in Betrieb genommen und optimiert werden. Mit „QM Holzheizwerke“ wird damit garantiert, dass ein Kessel eingesetzt wird, der beim vorgegebenen Brennstoffsortiment die Anforderungen der LRV einzuhalten hat.

b) Aufgrund dieser Umstände besteht grundsätzlich kein Anlass, davon auszugehen, dass die Grenzwerte bei Verwendung des verlangten Brennstoffs durch die geplanten Holzfeuerungen überschritten werden, womit die Auflage 1.2 des Amts für Umwelt betreffend Brennstoffqualität nicht als sachgerecht erscheint. Daran ändert auch nichts, dass neu gemäss Anhang 3 Ziff. 521 Abs. 1 der geänderten LRV nur Holzbrennstoffe nach Anhang 5 Ziff. 3 Abs. 1 verbrannt werden dürfen, die aufgrund ihrer Art, Qualität und Feuchtigkeit für das Verbrennen in diesen Anlagen geeignet sind. Diese Bestimmung präzisiert lediglich Anhang 3 Ziff. 521 Abs. 1 altLRV, wonach Holzbrennstoffe nach Anhang 5 Ziff. 3 Absatz 1 nur in einer für die betreffende Holzbrennstoffart geeigneten Anlage verbrannt werden durften, zumal auch in Anhang 5 Ziff. 3 der revidierten LRV keine zusätzlichen Anforderungen an den Wassergehalt oder den Rindenanteil gestellt werden und die zulässigen Holzbrennstoffe lediglich um einzelne

Stoffe ergänzt werden (z.B. Holzpellets). Insofern kann der Schluss gezogen werden, dass allein aufgrund von Anhang 3 Ziff. 521 Abs. 1 der revidierten LRV bei Vorliegen der entsprechenden Herstellergarantie nicht zum Vornherein verschärfte Anforderungen an die Brennstoffqualität gestellt werden können. Diese Ansicht deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen des Bundesamts für Umwelt (BafU). Das Departement Bau und Umwelt erlaubt sich diesbezüglich den bildhaften Vergleich mit einem Motorfahrzeug. Wird von dessen Hersteller bzw. Lieferanten als Treibstoff Superbenzin vorgeschrieben, so kann die Behörde kein Superbenzin plus verlangen, wird doch auch hier vom Hersteller bzw. Lieferanten garantiert, dass mit dem vorgegebenen Treibstoff die entsprechenden gesetzlichen Grenzwerte eingehalten werden.

c) Das Departement Bau und Umwelt weist im Weiteren darauf hin, dass vom Lieferanten vorgesehen ist, die Holzschnitzel während max. 20 Tagen in einem Holzlager mit einem Volumen von 1000 m^3 zwischenzulagern. Nach Angaben des Lieferanten sowie des zuständigen Ingenieurbüros werden dadurch Schnitzel mit einem maximalen Feuchtigkeitsgehalt von 50 % verfeuert und wird im Jahresdurchschnitt mit einer Feuchtigkeit von 40 % gerechnet, womit der maximale zulässige Wassergehalt von 60 % gemäss Brennstoffklassifizierung WS-P63-W60 bei Weitem unterschritten wäre. Damit wäre eine bedeutend bessere Brennstoffqualität gewährleistet als es die minimale Zulassungsnummer des Kessellieferanten vorschreibt. Auch wenn die Holzschnitzel im Holzlager weniger lang gelagert würden, wäre nicht davon auszugehen, dass die Holzschnitzel den maximalen zulässigen Wert von 60 % Feuchtigkeit erreichen würden. Selbst für den kritischen Teillastbetrieb kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht einfach von einer Überschreitung der Grenzwerte ausgegangen werden, zumal in der Haupt-Teillastphase im Sommer weniger Holzschnitzel verbraucht und diese dementsprechend länger gelagert werden, womit der Feuchtigkeitsgehalt der Holzschnitzel zusätzlich reduziert wird. Um der Lage zum Siedlungsgebiet und den speziellen topografischen Verhältnissen gerecht zu werden, wurde zudem zurecht eine Kaminhöhe von mindestens 7 m über dem höchsten Gebäudeteil angeordnet.

d) In Anbetracht der Umstände kommt das Departement Bau und Umwelt zum Schluss, dass die umstrittene Auflage betreffend Brennstoffqualität dem zweistufigen Konzept von Art. 11 Abs. 2 und 3 USG

widerspricht, wonach die Emissionsbegrenzungen erst verschärft werden müssen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden. Da mangels vergleichbaren Objekten im Kanton bis jetzt keinesfalls feststeht oder zu erwarten ist, dass die geplante Anlage zu übermässigen Einwirkungen führt und der Grenzwert von 20 mg/m^3 Feststoff zudem bei bestehenden Anlagen mit einem guten Elektrofilter jederzeit eingehalten wurde, erscheint eine vorgängige Verschärfung in Bezug auf die Brennstoffqualität mit Art. 11 USG nicht vereinbar, womit die angefochtene Auflage dem Vorsorgeprinzip entgegensteht.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 03.09.2007

1451

Bauen ausserhalb der Bauzone. Tierfriedhof. Art. 24 RPG. Standortgebundenheit. Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt.

(Umstritten ist die Verweigerung der raumplanerischen Baubewilligung, in der Landwirtschaftszone einen Kleintierfriedhof zu erstellen.)

3. Das geplante Bauvorhaben befindet sich gemäss dem Nutzungsplan der Gemeinde H. [...] in der Landwirtschaftszone. Da mit dem Tierfriedhof weder eine landwirtschaftliche Nutzung nach Art. 16a Raumplanungsgesetz (RPG; SR. 700) vorgesehen ist, noch ein Anwendungsfall der Art. 24a bis 24d RPG vorliegt, ist hier der Grundtatbestand für zonenwidrige Bauten ausserhalb Bauzonen gemäss Art. 24 RPG einschlägig. Danach können abweichend von Artikel 22 Abs. 2 lit. a, wonach Bauten dem Zweck der Nutzungszone entsprechen müssen, Bewilligungen erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen einem solchen Vorhaben entgegenstehen. Die positive Standortgebundenheit setzt voraus, dass eine Baute aus technischen oder wegen betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Nach der negativen Standortgebundenheit ist eine Baute aus bestimmten Gründen (z.B. Immissionen) in den

Bauzonen ausgeschlossen. Die Frage nach der negativen Standortgebundenheit kann sich erst stellen, wenn für ein Bauvorhaben in der Region keine geeignete Nutzungszone zur Verfügung steht. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf persönliche Zweckmässigkeiten ankommen. Generell ist bei der Beurteilung der Voraussetzungen ein strenger Massstab anzusetzen (BGE 118 IB 17, 21; *M. Joos,* Kommentar Raumplanungsgesetz, Zürich 2002, S. 210; *Waldmann/Hänni,* Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 24 N 10).

3.1Der Rekurrent bringt im Wesentlichen vor, dass das Haustier in der heutigen Gesellschaft eine immer grössere, zentralere Rolle als Familienmitglied spiele. In der Schweiz gebe es lediglich einen auf einem Gewerbegrundstück gelegenen Tierfriedhof in Läufelfingen/BL. In unseren Nachbarländern gebe es seit langem Tierfriedhöfe, die in diversen Zonen erstellt würden. Der ausgewählte Standort bringe aufgrund der ländlichen Ruhe, seiner zentralen, sichtgeschützten Lage optimale Voraussetzungen für einen Tierfriedhof. Die Realisierung habe auch eine beachtliche volkswirtschaftliche Bedeutung. Es entstände eine Erwerbsgrundlage für seine Familie und mittelfristig auch neue Arbeitsplätze.

3.2Vorliegend ist der geplante Tierfriedhof weder aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen noch wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Damit fällt die positive Standortgebundenheit ausser Betracht. Für die Beurteilung der negativen Standortgebundenheit ist vorweg zu prüfen, ob für dieses Bauvorhaben in der Region keine geeigneten Nutzungszonen vorhanden sind. Für Tierfriedhöfe kommen am ehesten Spezial-, Gewerbe- oder gemischte Zonen in Frage, weil eine solche Baute in einer reinen Wohnzone allenfalls als störend anzusehen wäre (AGVE, 1988, S. 655 f.). Sofern der rekurrentischen Ansicht eines bestehenden öffentlichen Interesses für einen Tierfriedhof zu folgen ist, was immerhin fraglich ist, könnte das Bauvorhaben auch in Zonen für öffentliche Bauten realisiert werden. Ein Blick auf die Zonenpläne der umliegenden Gemeinden W. und W. sowie den nahe gelegenen St. Galler Gemeinden T. und R. zeigt auf, dass in vereinzelten Gewerbezonen ein Tierfriedhof zumindest nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheint. Überdies fänden sich auch freie Flächen in Zonen für öffentliche Bauten in den genannten

Appenzellischen und St. Gallischen Gemeinden sowie unter Umständen auch in H. Aufgabe der Rekursinstanz bei der Überprüfung des Bauermittlungsentscheides ist nicht die Abgabe konkreter Empfehlungen, sondern allein, ob die Erstellung eines Tierfriedhofes in den Nutzungszonen der umliegenden Region als grundsätzlich ausgeschlossen zu beurteilen ist. Weil dies zu verneinen ist und von einem Tierfriedhof auch nicht übermässige Immissionen zu erwarten sind, ist das Bauvorhaben nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen. Demnach liegt kein Anwendungsfall der negativen Standortgebundenheit nach Art. 24 RPG vor. Aufgrund des allgemeinen raumplanerischen Grundsatzes der haushälterischen Nutzung des Bodens ist daher die Suche eines alternativen Standorts innerhalb der Bauzonen der Region angezeigt. Diese Schlussfolgerung stimmt mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überein, wonach Friedhöfe und Begräbnisstätten nicht an einen bestimmten Standort ausserhalb des Siedlungsgebietes gebunden sind. Sie werden in der Regel in der Bauzone oder ansonsten in speziellen Zonen errichtet (BGE 119 IB 442, 445; Handkommentar RPG, Art. 24 N 20). Dies trifft auch auf den vom Rekurrenten erwähnten Tierfriedhof in Läufelfingen/BL zu, der gemäss Anfrage beim Bauinspektorat BL in einer Spezialzone für Tierfriedhöfe innerhalb der Bauzonen liegt. Auf Wünsche des Einzelnen hier in Form der Entstehung einer Erwerbsgrundlage kann es bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Bauvorhabens ausserhalb der Bauzonen nicht ankommen. Auch eine Einzonung am fraglichen Ort allein für dieses weit von den restlichen Bauzonen der Gemeinde H. entfernt gelegene Bauvorhaben widerspräche dem zentralen raumplanerischen Prinzip der Trennung von Bau- und Nichtbauzonen und würde eine Insel innerhalb der Landwirtschaftszone schaffen, was es zu vermeiden gilt.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 03.09.2007

1452

Baubewilligungsverfahren. Bewilligungspflicht. Nutzungsänderung. Umnutzung eines Raumes für Holzlagerung in eine mechanische Werkstatt. Bewilligungspflicht im konkreten Fall bejaht.

(Umstritten ist, ob das Aufstellen und der Betrieb einer Holzbearbeitungsmaschine in einer Schreinereiwerkstatt eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung darstellt und deswegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist.)

5. a) [...] Gemäss Art. 22 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Neben baulichen Änderungen können auch Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen unter die Baubewilligungspflicht fallen, sofern sie geeignet sind, örtlich fassbare Auswirkungen auf die Nutzungsordnung zu zeitigen. Das kantonale Recht kann die Baubewilligungspflicht von Zweckänderungen präzisieren. Auf kantonaler Ebene ist die Bewilligungspflicht in Art. 93 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (BauG, bGS 721.1) geregelt. Art. 38 Abs. 1 lit. i der Bauverordnung (BauV; bGS 721.11) unterstellt zudem Nutzungsänderungen innerhalb der Bauzonen, welche Auswirkungen auf die Umgebung oder eine wesentliche Vergrösserung des Benutzendenkreises haben, der Bewilligungspflicht. Bei der Beurteilung, ob eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung vorliegt, ist von einer Gesamtbetrachtung aller die Identität einer Baute bestimmenden Faktoren auszugehen. So beispielsweise von der Nutzungsart und der Nutzungsintensität sowie den mit der Nutzung verbundenen Emissionen (vgl. BLVGE 2002, E. 1b, S. 184). Sobald also mit einer reinen Umnutzung im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht, sind auch reine Umnutzungen bewilligungspflichtig (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1A.216/2003 vom 16. März 2004).

b) Zusätzlich zur baurechtlichen Bewilligungspflicht stellt sich die Frage, ob das Aufstellen einer solchen Holzbearbeitungsmaschine nicht auch umweltschutzrechtlich bewilligungspflichtig ist. Zu den bewilligungspflichtigen Änderungen gehören auch alle umweltrechtlich relevanten Änderungen von Bauten und Anlagen, die als wesentlich

geänderte Anlagen nach Art. 8 der Lärmschutzverordnung (LSV; SR 814.41) einzustufen sind. Für sie muss von Bundesrechts wegen ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden. Als wesentliche Änderungen ortsfester Anlagen definiert Art. 8 Abs. 3 LSV Umbauten, Erweiterungen und vom Inhaber der Anlage verursachte Änderungen des Betriebs, wenn zu erwarten ist, dass die Anlage selbst oder die Mehrbeanspruchung bestehender Verkehrsanlagen wahrnehmbar stärkere Lärmimmissionen erzeugt. [...]

c) Fest steht, dass der Raum, in welchem die Holzbearbeitungsmaschine steht und betrieben wird, als Holzlager bewilligt wurde. Das Aufstellen und Betreiben dieser Holzbearbeitungsmaschine ist zwar grundsätzlich zonenkonform, hingegen hat sich mit der Änderung von der Holzlagerung zur Produktion einerseits die Nutzung verändert, andererseits hat aber auch die Nutzungsintensität zugenommen: Auch wenn die Rekurrentin 2 in der Schreinereiwerkstatt bereits vorher produziert hat, tut sie dies heute mit einer erheblich grösseren Maschine [...]. Mit der Anschaffung dieser neuen und grösseren Holzbearbeitungsmaschine, welche erwartungsgemäss mehr Lärm verursacht als die blosse Lagerung von Holz, sowie deren Platzierung an einem Standort nahe am Rolltor, wo bis anhin keine so grosse Maschine stand, besteht für die Umwelt und insbesondere für die Rekurrentin 1 die Wahrscheinlichkeit wahrnehmbar höherer Immissionen, zumal das Rolltor für die Anlieferung von Holz mittels Gabelstapler zwangsläufig geöffnet werden muss. Das Vorliegen höherer Immissionen bestätigt sich auch dadurch, dass sich die Rekurrentin 1 [erst] seit der Anschaffung dieser Maschine im Jahre 2001 an der Lärmverursachung durch die Rekurrentin 2 stört. [Das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Nutzungsänderung gemäss Art. 22 RPG bzw. Art. 93 Abs. 1 BauG und Art. 38 Abs. 1 lit. i BauV ist daher zu bejahen]. Damit bestehen vorliegend auch genügend hinreichende Anhaltspunkte, welche das Aufstellen und Betreiben der Holzbearbeitungsmaschine am jetzigen Standort auch aus lärmschutzrechtlicher Sicht als bewilligungspflichtig erscheinen lassen. Auch wenn die Rekurrentin 2 der gegenteiligen Ansicht ist, bleibt anzumerken, dass selbst dann ein [nachträgliches] Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden kann, wenn nur Anhaltspunkte bestehen, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1A.204/2004 vom 14. Dezember 2004).

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 17.01.2007

1453

Baubewilligungsverfahren. Dachgeschoss. Ein Dach, das nur auf einer Seite die massgebliche Kniestockhöhe für Dachgeschosse einhält, wie es bei einem Pultdach der Fall ist, ist als Vollgeschoss und nicht als Dachgeschoss zu qualifizieren.

5.3Zu prüfen ist, ob das oberste Stockwerk [des geplanten Einfamilienhauses] als Dachgeschoss zu qualifizieren ist. Art. 7 Abs. 1 Baureglement W. (BauR) lautet hiezu wie folgt: „Als Dachgeschoss zählt ein Stockwerk, das im Dachraum liegt und einen Kniestock von maximal 0.8 m aufweist oder das im Wesentlichen unter einem Winkel von 45 Grad von der Schnittlinie der Fassadenflucht mit der Dachhaut des Flachdaches als Attikageschoss über dem obersten Vollgeschoss zurückliegt."

5.3.1 Der zweite Satzteil befasst sich mit einem Attikageschoss, das hier bei einem mit einem Pultdach überdeckten Dachraum ohne weiteres nicht gegeben ist. Fraglich ist hingegen, wie der erste Satzteil des vorstehenden Absatzes auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist; insbesondere, ob der maximal zulässige Kniestock von 0.8 m beidseits links und rechts ab Gebäudeoberkante des mittleren Geschosses oder nur von einer Seite her zu messen ist. Die Bedeutung der Bestimmung ist nach den allgemeinen Auslegungsregeln der grammatikalischen, historischen, teleologischen sowie der systematischen Auslegung zu ermitteln. Gemäss Wortlaut hat ein Dachgeschoss *einen* Kniestock von maximal 0.8 m aufzuweisen. Die Formulierung „einen" ist nun aber nicht so zu interpretieren, dass der Kniestock nur ab einer Dachoberkante des mittleren Vollgeschosse zu messen wäre. Denn die im Appenzellerland traditionell und auch heute noch mit Abstand am häufigsten vorkommenden Dachformen sind Satteldächer, bei denen die maximale Kniestockhöhe beidseitig einzuhalten ist. Das Wort „einen" erhellt im Gegenteil, dass für im Dachraum gelegene Stockwerke zur Annahme eines Dachgeschosses nur eine Kniestockhöhe von 0.8 m zulässig ist, was die Messung dieser Kniestockhöhe sowohl ab der linken wie der rechten Gebäudeoberkante des mittleren Geschosses bedingt. Diese beidseitige Messweise deckt sich auch mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich in vergleichbaren Fällen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.99.00085, in: Fritsche/Bösch, Zürcher

Planungs- und Baurecht, Zürich 2006, 13.1.3.3). Die Messweise der Kniestockhöhe von zwei Seiten her ist überdies auch deswegen angebracht, weil Attikageschosse als Spezialform eines Dachgeschosses explizit in Art. 7 Abs. 1 BauR W. aufgeführt sind, ein Hinweis auf ein Pultdach als weiterer Sonderfall eines Dachgeschosses dagegen fehlt. Ebenso wenig ist ein Dachgeschoss mit Pultdach indirekt über die Definition eines kleinen und grossen Kniestockes zugelassen, zumal im Wesen von Pultdächern die unterschiedliche Höhe der beiden Kniestöcke liegt. Art. 7 Abs. 1 BauR W. schliesst dagegen oberste Stockwerke als Dachgeschosse mit anderweitig als mit Satteldächern gestalteten Dachformen wie etwa Mansardedächer, Walmdächer, Mansardewalmdächer, Zeltdächer, Zwiebeldächer usw. nicht aus, solange nur die maximale Kniestockhöhe von 0.8 m und die weiteren Regelbauvorschriften eingehalten sind (vgl. *Fritsche/Bösch,* Zürcher Planungs- und Baurecht, Zürich 2006, 29-7).

5.3.2 Vorliegend wahrt das oberste mit Pultdach überdeckte Geschoss der geplanten Baute nur einseitig die erlaubte Kniestockhöhe. Demzufolge ist dieses Geschoss im Sinne von Art. 7 Abs. 3 BauR W. als übriges Geschoss und damit als Vollgeschoss zu qualifizieren. Das in der Wohnzone 1 gelegene Bauvorhaben weist somit aber zusammen mit dem unbestrittenen mittleren Vollgeschoss ein überzähliges unzulässiges Vollgeschosse auf. Das Baureglement der Gemeinde W. schliesst zwar nicht grundsätzlich oberste Stockwerke mit Pultdächern aus. In den jeweiligen Bauzonen darf aber die Anzahl zulässiger Vollgeschosse nicht wie hier überschritten werden, sofern nicht allfällige Sondernutzungspläne ausnahmsweise gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. a BauG eine Abweichung von der Geschosszahl zulassen.

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 20.08.2007

(Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2008 abgewiesen worden.)

1454

Baubewilligungsverfahren. Art. 17 Abs. 2 BauV. Stützmauern. Böschungen. Grenzabstand.

3. Umstritten ist die Frage, ob die genannten Bauvorhaben (Betonmauer, Eisenblech und Terrainaufschüttungen im Grenzabstand von 1.50 m zur Nachbarparzelle bewilligungsfähig sind.

a) Die Vorinstanz hat diese Frage verneint und ausgeführt, dass sowohl die bis auf 5 cm Zentimeter an die Grenze gestellte neue Betonmauer sowie das 2 cm starke Eisenblech, welche das neugestaltete Terrain (Terrainaufschüttungen) gegen die tiefer liegende Nachbarparzelle abstützen, die Bestimmung von Art. 66 Abs. 2 BauR H. missachte. Danach seien Aufschüttungen und Abgrabungen im Bereich der Grenze in der Regel nicht steiler als 2:3 anzuböschen; ausserdem sei an der Grenze ein Bankett von 50 cm Breite anzulegen. Andere Regelungen könnten nur mit Zustimmung der Nachbarn (Rekursgegner) und der Baubewilligungsbehörde getroffen werden, was vorliegend nicht der Fall sei.

[...]

b) Vorab ist klarzustellen, dass Art. 103 und Art. 146 EG zum ZGB (bGS 211.1), auf die sich der Rekurrent beruft, vorliegend nicht zur Anwendung gelangen können: Art. 103 EG zum ZGB - und mit ihm auch die gesamten Art. 99-106 EG zum ZGB - ist mit dem Inkrafttreten des Baugesetzes (BauG; bGS 721.1) am 1. Januar 2004 einerseits aufgehoben worden (vgl. Art. 125 Abs. 3 BauG); die entsprechenden Bestimmungen finden sich heute in Art. 17 ff. Bauverordnung (BauV; bGS 721.11) (Grenzabstände von Tiefbauten) sowie in den kommunalen Baureglementen (Grenzabstände von Hochbauten). Art. 146 EG zum ZGB andererseits ist eine privatrechtliche Grenzabstandsvorschrift, welche nur für Einfriedungen (vgl. den Übertitel des dritten Abschnitts) Geltung hat. Einfriedungen dienen, wie Abs. 1 einleitend festhält, ausschliesslich der körperlichen Abgrenzung einer Fläche durch Mauern, Tot- oder Lebhäge und dgl. (wörtlich: Vorrichtungen zur Abgrenzung und Einfriedung eines Grundstücks). Bei den strittigen Bauteilen handelt es sich aber offensichtlich nicht um solche (künstliche) Einfriedungen, sondern vielmehr um blosse Stützkörper, die einzig der Abstützung der vorgenommenen Terrainaufschüttungen dienen.

c) [Unzutreffend] ist auch die Ansicht der Rekursgegner, bei der Betonmauer und Eisenplatte handle es sich um einen Gebäudebestandteil des unmittelbar an die Betonmauer anschliessenden überdeckten Sitzplatzes/Gartenhauses. Zwar ist das Mauerwerk baustatisch mit der Aussenmauer des überdeckten Sitzplatzes verbunden, weist aber funktional keine Verbindung zu diesem Nebengebäude auf. Wie ausgeführt dienen Betonmauer und Eisenblech einzig der baulichen Sicherung des dahinter aufgeschütteten Terrains. Folglich kommen vorliegend auch nicht die Grenzabstandsvorschriften für Kleinbauten [...] zur Anwendung.

d) Bei der strittigen Betonmauer handelt es sich somit um eine Stützmauer im Sinne des Baurechts. Der mit der Betonmauer verbundenen Eisenplatte kommt zumindest funktional die gleiche Bedeutung zu. Stützmauern sind nach Art. 17 Abs. 2 BauV ausdrücklich zugelassen und dürfen bis zu einer Höhe von 1.20 m unmittelbar an der Grenze errichtet werden (Satz 1). Überschreiten sie diese Höhe, vergrössert sich der Abstand um die Mehrhöhe (Satz 2). Stützmauern sollen nicht nur errichtet werden können, um die Überbauung von Hanglagen zu ermöglichen, sondern auch, um andere zulässige Nutzungen von Grundstücken an steilen Lagen zu verbessern. Dazu gehört auch die Vergrösserung einer ebenen Gartenfläche, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob die Gartenfläche dem gewachsenen Terrain entspricht oder selber bereits durch Terrainveränderungen erstellt worden ist.

e) Im Lichte dieser Bestimmung ist auch die kommunale Regelung von Art. 66 BauR H. zu sehen, die bezüglich der Umgebungs- und Terraingestaltung von Bauten unterschiedliche Vorschriften enthält: Abs. 1 verlangt für Anlagen wie Aufschüttungen und Abgrabungen aber auch für Stützmauern die Einhaltung gewisser gestalterischer Bedingungen. In Bezug auf Stützmauern wird dabei festgehalten, dass hohe Stützmauern zu vermeiden sind. Daraus folgt zum einen, dass Stützmauern auch nach dem kommunalen Recht vom Grundsatz her zu lässig sind (etwas anderes würde letztendlich ohnehin Art. 17 BauV widersprechen); zum anderen, dass einzig zu hohe Stützmauern aus gestalterischen Gründen zu vermeiden, nicht aber ausnahmslos verboten sind. Darüber hinaus hält Abs. 2 für Aufschüttungen und Abgrabungen im Bereich der Grenze fest, dass diese in der Regel nicht steiler als 2:3 anzuböschen sind und an der Grenze ein Bankett von 50 cm Breite anzulegen ist.

Bei Abs. 2 von Art. 66 BauR H. handelt es sich um eine im Interesse der baupolizeilichen Sicherheit erlassene Bestimmung. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, dass der Gefahr eines Erdabrutsches bei zu steilen Böschungen im Bereich von Grundstücksgrenzen entgegengewirkt werden soll. Damit soll verhindert werden, dass Nachbarsgrundstücke durch zu steil angelegte oder zu nahe an der Grenze errichtete Aufschüttungen oder Abgrabungen gefährdet werden. Bietet nun aber eine Stützmauer dem aufgeschütteten Erdreich Halt, so besteht diese Gefahr nicht oder mit anderen Worten stellt sich das Problem der Böschungsneigung gar nicht. Dies muss nun aber zur Folge haben, dass im Falle, wenn Terrainaufschüttungen oder -abgrabungen durch Stützmauern begrenzt werden, die Neigungs- (und Grenzabstands)vorschrift von Art. 66 Abs. 2 BauR H. gar nicht zur Anwendung gelangen kann. Entsprechend hält Art. 66 Abs. 2 BauR H. auch mit keinem Wort fest, dass im Bereich von Grundstücksgrenzen ausschliesslich Böschungen zulässig wären. Wäre dem so, könnten an Hanglagen im Grenzbereich von zwei Grundstücken nirgends mehr Stützmauern erstellt werden, was offensichtlich nicht Sinn und Zweck dieser Bestimmung sein kann.

e) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz den Rekurrenten zu Unrecht verpflichtet hat, im Bereich zur Nachbarsgrenze eine Böschung nach Art. 66 Abs. 2 BR H. zu erstellen. Es steht dem Rekurrenten somit frei, die vorgenommenen Terrainaufschüttungen auf seinem Grundstück auch mit Stützmauern zu begrenzen. Voraussetzung dafür ist natürlich, dass die Stützkörper ihrerseits den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. [...]

Entscheid Departement Bau und Umwelt vom 13.06.2007

1455

Entschädigung des Vormundes. Die Entschädigung ist einzelfallbezogen nach den Aufwendungen des Vormundes festzusetzen; gleichzeitig ist das Vermögen des Bevormundeten zu beachten.

S. amtet als Vormund von A., der in einem Seniorenwohnheim wohnt. Die verstorbene Mutter von A. war während 27 Jahren die Lebensgefährtin von R. Da während dieser Zeit E. und S. unter einem Dach lebten, hat sich R. bereit erklärt, die Vormundschaft über A. zu übernehmen. Im November 2006 beantragte S. beim Gemeinderat P. eine Entschädigung von Fr. 79.50 für jeden Tag, bei welchem das Mündel bei ihm wohnt und von ihm betreut wird, rückwirkend ab 1. Januar 2006. Der Gemeinderat lehnte dies ab. Er hielt eine Entschädigung von Fr.40.- pro Tag für angemessen.

Der Regierungsrat hiess die Beschwerde von S. gegen den Entscheid des Gemeinderates P. aus folgenden Erwägungen teilweise gut:

1. […]
2. […]
3. […]
4. a) […]

4. b) Nach Art. 416 ZGB hat der Vormund Anspruch auf eine Entschädigung, die aus dem Vermögen des Bevormundeten entrichtet und von der Vormundschaftsbehörde für jede Rechnungsperiode nach der Mühe, die die Verwaltung verursacht, und nach dem Ertrag des Vermögens festgesetzt wird. Dieselbe Regelung findet sich auch in Art. 64 Abs. 1 EG zum ZGB. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers machte geltend, dass diese Artikel vorliegend nicht anwendbar seien, da Art. 416 ZGB lediglich die Entschädigung für die Verwaltung der Einkünfte und des Vermögens regle. Der Wortlaut des Artikels legt zwar die Auffassung nahe, es handle sich lediglich um ein Entgelt für die Verwaltung des Vermögens. Die herrschende Lehre geht hingegen davon aus, dass Art. 416 ZGB den Ersatz sämtlicher Auslagen umfasst, so auch den Ersatz von Auslagen für die persönliche Betreuung (*Egger*, Zürcher Kommentar zum ZGB II.3, Zürich 1948, Art. 416 N 8; *Geiser*, Basler Kommentar

zum ZGB I, Basel 2006, Art. 416 N 2; *Deschenaux/Steinauer*, Personnes physiques et tutelle, Bern 2001, N 952). […]

c) Im Kanton Appenzell Ausserrhoden fehlen Richtlinien, welche die Höhe der Betreuungsentschädigung festlegen. Die Vormundschaftsbehörde hat eine Entschädigung nach ihrem Ermessen zuzusprechen (*Egger*, a.a.O., Art. 416 N 15). Die Entschädigung soll primär nach den Aufwendungen des Vormundes festgesetzt werden, gleichzeitig ist aber auch das Vermögen des Bevormundeten zu beachten (*Deschenaux/Steinauer*, a.a.O., N 953).

Abklärungen bei der kantonalen IV-Stelle und bei anderen Ämtern (Vormundschaftsamt der Stadt St. Gallen und Vormundschaftsamt der Stadt Zürich) haben ergeben, dass diese keine entsprechenden Richtlinien kennen. Die Betreuungsentschädigung wird hier in der Praxis einzelfallbezogen festgesetzt, wobei auch das Vermögen des Bevormundeten berücksichtigt wird. Demgegenüber hat die Gemeinde Kriens beispielsweise eine andere Regelung gewählt: Die Betreuungsperson (unabhängig, ob Amts- oder Privatvormund) erhält für die persönliche Betreuung, einschliesslich des Abfassens von Berichten, 35 Franken pro Stunde (Die Betreuung von Privatvormunden in der Gemeinde Kriens, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, Heft 1 1997, S. 3). Es zeigt sich aber, dass für den vorliegenden Bereich verlässliche Richtlinien weitgehend fehlen. Auch die Befragung weiterer Personen wird aller Voraussicht nach zu keinen allgemeinverbindlichen Erkenntnissen führen.

Die Regelung der Gemeinde Kriens beispielsweise kann für den vorliegenden Fall nicht übernommen werden. Ein Stundenlohn von Fr. 35.-- ergäbe eine Betreuungsentschädigung von Fr. 280.--/Tag, wenn von einer Betreuung von rund 8h/Tag ausgegangen wird. Ein solch hoher Betrag wird vom Beschwerdeführer indessen nicht geltend gemacht. Er fordert vielmehr einen Stundenlohn von Fr. 4.-- bis Fr. 6.--. Aber auch sonst erscheint ein Stundenansatz von Fr. 35.-- für hiesige Verhältnisse sehr hoch. Es drängt sich daher vielmehr eine Einzelfallbetrachtung ohne starre Vorgaben auf.

d) Als Ausgangspunkt für eine Berechnung der Betreuungsentschädigung im vorliegenden Fall kann die vom Beschwerdeführer vorgenommene «Kosteneinsparung» im Seniorenheim zu Hilfe genommen werden. Gemäss seinen – vom Gemeinderat P. unbestrittenen – Aussagen, spart A. Fr. 103.50/Tag an Heimkosten. Da an jenen Tagen keine KVG-Leistung beansprucht

werden kann, ist der entsprechende Betrag (Fr. 42.--) abzuziehen. Die von beiden Parteien anerkannte Essenspauschale von Fr. 18.-- ist dazu zu rechnen. Bei dieser Berechnungsweise wird allerdings verkannt, dass die Betreuung durch den Beschwerdeführer nicht mit der Betreuung im Seniorenwohnheim gleichgesetzt werden darf. Auch wenn es sich beim Aufenthaltsheim des Bevormundeten nicht um ein auf intensive Betreuung ausgerichtetes Seniorenwohnheim handelt, sind die Personen, welche ihn betreuen, professionell im Pflegebereich tätig und fachlich ausgebildet. Eine solche Ausbildung kann der Beschwerdeführer nicht vorweisen, weshalb der Betrag von Fr. 103.50, welcher an Heimkosten gespart wird, angemessen zu reduzieren ist. Der Beschwerdeführer fordert einen Stundenlohn zwischen Fr. 4.-- und 6.--. Dieser Ansatz dürfte angemessen sein. Er geht dabei von einer Betreuungstätigkeit von 14-16 Stunden aus. Zweifelsohne wird es Tage geben, an denen A. intensivere Betreuung braucht. Es wird aber auch Tage geben, an denen er mehr schläft und sich demzufolge die Betreuungsdauer verkürzt. Ausgehend von einer durchschnittlichen Betreuung von 10 Stunden und einem Stundenlohn von Fr. 5.-- ergibt sich eine Betreuungsentschädigung von Fr. 50.-- pro Tag. Wird hiezu die Essenspauschale von Fr. 18.-- gerechnet, ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 68.-- pro Tag. Dieser Pauschalansatz ist auch in Anbetracht der Vermögenssituation des Bevormundeten als angemessen zu betrachten. Gemäss Beschluss vom 10. Januar 2007 des Gemeinderates P. verfügt A. über ein Vermögen von Fr. 48'000.--. Dies ist bei der Festsetzung der Betreuungsentschädigung entsprechend zu berücksichtigen.

5. […]
6. […]
7. […]

Entscheid des Regierungsrates vom 14.08.2007

1456

Übertragung der Vormundschaft. Die Übertragung einer Vormundschaft setzt den übereinstimmenden Beschluss der Vormundschaftsbehörden auf Übergabe bzw. Übernahme voraus. Ein Aufenthalt in einem Kinderheim zu einem Sonderzweck begründet keinen Wohnsitz.

Die Vormundschaftskommission Z. entzog R. im November 1999 die Obhut über ihren 8-jährigen Sohn S. und errichtete gleichzeitig eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB. Seit Februar 2004 ist S. im Kinderheim K. in der Gemeinde P. untergebracht. Im ersten Jahr besuchte er den heimeigenen Kindergarten, im zweiten Jahr zusätzlich den regulären Kindergarten im Dorf. Seit dem Sommer 2006 besucht S. die Regelklasse in der Dorfschule. Im Juni 2006 entzog die Vormundschaftskommission Z. R. auf eigenen Wunsch die Vormundschaft über ihren Sohn im Sinne von Art. 312 Ziff. 1 ZGB und errichtete eine Vormundschaft nach Art. 368 ZGB. Gleichzeitig ersuchte die Vormundschaftskommission Z. den Gemeinderat von P. um Übernahme der bestehenden Kindesschutzmassnahmen. Im November 2006 ersuchte die Vormundschaftskommission Z. den Gemeinderat von P. erneut um Übernahme der Vormundschaft über S. Im gleichen Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass ohne Gegenbericht bis Ende Dezember 2006 von der Übernahme der Vormundschaft durch die Gemeinde P. ausgegangen werde. Beide Schreiben blieben unbeantwortet. Mit Beschluss vom 5. Februar 2007 übertrug die Vormundschaftskommission Z. die für S. bestehende Vormundschaft an die Vormundschaftsbehörde von P.

Der Regierungsrat hiess die Beschwerde des Gemeinderates von P. gegen den Entscheid der Vormundschaftskommission Z. vom 5. Februar 2007 aus folgenden Erwägungen gut:

1. In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob die vorliegende Streitigkeit als Aufsichtsbeschwerde oder als Vormundschaftsbeschwerde im Sinne von Art. 420 ZGB zu behandeln ist. Die Befürworter der Aufsichtsbeschwerde machen geltend, dass die Vormundschaftsbeschwerde den Mündelinteressen dienen und nicht von den Behörden zur Wahrung eines Kompetenzstandpunktes verwendet werden soll. Die anfechtende Behörde darf hingegen an

die Aufsichtsbehörde der „gegnerischen“ Vormundschaftsbehörde gelangen und den Konflikt im Rahmen des Aufsichtsrechts entscheiden lassen (*Schnyder/Murer*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397, Bern 1984, Art. 377 N 130; Entscheid der Justizdirektion des Kantons Zürich vom 21. Januar 1971 in ZVW 26/1971 Nr. 17). Andere Autoren und Kantone sehen für diese Art von Streitigkeit die Vormundschaftsbeschwerde an die Aufsichtsbehörde vor (Basler Kommentar zum ZGB I, Basel 2006, Art. 377 N 12; Leitfaden zur Übertragung und Übernahme vormundschaftlicher Massnahmen des Verbandes St. Gallischer Gemeinderatsschreiber, Grundbuchverwalter und Vormundschaftssekretäre vom Oktober 1985). Der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden hatte im Mai 1975 eine Kompetenzstreitigkeit im Rahmen einer Übertragung der Vormundschaft zu entscheiden (AR GVP Sammelband 1988, Nr. 1080). Damals wurde die Streitsache als Rekurs behandelt. Der Rekurs stellt ein formelles Rechtsmittel dar, d.h. gegen den Rekursentscheid stehen den Parteien weitere Rechtsmittel offen. Gleich verhält es sich mit der Vormundschaftsbeschwerde. Im Gegensatz dazu stellt die Aufsichtsbeschwerde einen formlosen Rechtsbehelf dar und der von der Aufsichtsbehörde gefällte Entscheid ist nicht anfechtbar (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, N 1835; *Schär*, Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Herisau 1985, Art. 30 N 24). Es sind keine Gründe ersichtlich, von der Praxis des Regierungsrates abzuweichen, weshalb die vorliegende Streitsache als Vormundschaftsbeschwerde im Sinne von Art. 420 ZGB zu behandeln ist.

2. […]

3. a) […]

3. b) Auch wenn die von der Vormundschaftskommission Z. gewählte Vorgehensweise – ohne Rückmeldung innert Frist werde von der Übernahme stillschweigend ausgegangen – offenbar auch von anderen Vormundschaftsbehörden praktiziert wird, kann nicht von einer gefestigten Praxis gesprochen werden. Für den Übergang der Vormundschaft ist der rechtskräftige übereinstimmende Beschluss beider Vormundschaftsbehörden auf Übergabe bzw. Übernahme notwendig. Die Vormundschaft geht somit nicht ex lege über (*Schnyder/Murer*, Berner Kommentar zum schweizerischen

Privatrecht, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397, Bern 1994, Art. 377 N 89). In diesem Sinne ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass ein einseitiger Übertragungsbeschluss nicht mit Art. 377 ZGB vereinbar ist. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben steht nicht zur Diskussion und es bleibt festzuhalten, dass bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides die Vormundschaftsbehörde Z. für die Führung der besagten Vormundschaft zuständig bleibt.

4. a) Eine Übernahme der Vormundschaft durch die Vormundschaftsbehörde von P. wäre dann angezeigt, wenn das bevormundete Kind seinen Wohnsitz in P. hätte. Dies ist im vorliegend zu beurteilenden Fall jedoch gerade strittig und bedarf der Klärung.

b) Der Aufenthalt an einem Orte zum Zwecke des Besuches einer Lehranstalt und die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründen keinen Wohnsitz (Art. 26 ZGB). Art. 26 ZGB (wonach ein Aufenthalt zu einem Sonderzweck keinen Wohnsitz begründet) umschreibt in negativer Weise den Wohnsitzbegriff von Art. 23 ZGB (*Staehelin*, Basler Kommentar zum ZGB I, Basel 2006, Art. 26 N 1). […]

Zum Kinderheim K. ist im Verzeichnis der Sozialeinrichtungen und Spitaldienste in Appenzell A.Rh. und Appenzell I.Rh. sowie der Region St. Gallen als Zielgruppe „mehrfache behinderte Kinder ab 2 Jahren, Sonderschule Abteilung für gesunde Kinder“ angeführt. Im Bericht vom 19. Januar 2004 der damaligen Beiständin von S. wird festgehalten, dass die Pflegeeltern mit S. auf die Dauer überfordert seien und der heilpädagogische Dienst eine Umplatzierung in professionelle Hände empfehle. Die Heimleiterin des Kinderheims K. sei spezialisiert auf wahrnehmungsgestörte Kinder, weshalb eine Umplatzierung dorthin richtig wäre. Zu jenem Zeitpunkt ging also auch die Vormundschaftskommission Z. von einer Unterbringung zu einem Sonderzweck aus, stand doch die auf die speziellen Bedürfnisse des Kindes ausgerichtete Pflege und Erziehung im Vordergrund. Wurde der Aufenthalt von S. im Kinderheim K. zu diesem Zweck veranlasst, ging wohl auch die Vormundschaftskommission Z., mindestens im Zeitpunkt der Anordnung der Umplatzierung, von einer Anstalt im Sinne des Gesetzes aus. Auch sonst liegen keine Anhaltspunkte vor, die am Anstaltscharakter (vgl. Art. 26 ZGB) des Kinderheims K. zweifeln lassen.

c) Mit Beschluss vom 26. April 2004 stimmte die Vormundschaftskommission Z. der Umplatzierung von S. ins Kinderheim K. zu. Bereits die Formulierung „Umplatzierung“ macht deutlich, dass das bevormundete Kind diesen Schritt nicht aus freiem Willen tat, sondern auf Anordnung der Vormundschaftsbehörde. Überdies ist ein 5-jähriges Kind immer auf eine erwachsene Person (Eltern, Vormund) angewiesen, welche für es die Wohnsituation regelt. Von einer Unterbringung i.S. des Gesetzes kann nicht mehr gesprochen werden, wenn der Betroffene aus freien Stücken sich für einen Anstaltsaufenthalt entschliesst, ohne auf einen solchen angewiesen zu sein und überdies die Anstalt und damit den Ort des Aufenthaltes frei wählt (*Bucher*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kommentar zu den Art. 11-26, Art. 26 N 15). Wie bereits dargelegt, kann diese freie Wahl bei einem 5-jährigen Kind nicht vorliegen, weshalb im vorliegenden Fall von einer Unterbringung im Sinne von Art. 26 ZGB auszugehen ist.

d) Die Vormundschaftskommission Z. wendet nun ein, dass durch die positive Entwicklung von S. (Eintritt in die Regelklasse, Aufholung / weitgehende Behebung der Entwicklungsrückstände) die heutige Unterbringung nicht mehr als Platzierung mit einem Sonderzweck, sondern als Begründung eines neuen, in die Zukunft gerichteten Wohnsitzes zu werten sei.

Aus den sich in den Akten befindlichen Unterlagen geht unbestrittenermassen hervor, dass die physische und psychische Entwicklung von S. günstig verläuft. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass nach wie vor von einer Unterbringung auszugehen ist. Auch wenn die Pflegebedürftigkeit nicht mehr so intensiv ist wie bei Eintritt ins Kinderheim, kann nicht davon gesprochen werden, dass der Sonderzweck weggefallen ist. Bei einem 8-jährigen Kind ist die Erziehung noch längst nicht abgeschlossen und auch die Pflegebedürftigkeit ist nach wie vor gegeben. Zuzustimmen ist der Vormundschaftskommission Z. insoweit, als S. seinen Lebensmittelpunkt zwar in P. hat. Dies kann aber nicht als Argumentation für eine Wohnsitzbegründung gewertet werden, bringt doch die Unterbringung in einem Heim zwangsläufig eine Verlagerung des Lebensmittelpunktes mit sich. Auch die Argumentation, dass der Wohnsitz in P. in die Zukunft gerichtet sei, schlägt fehl. S. wird voraussichtlich noch die nächsten Jahre im Kinderheim K. in P. wohnen. Der Aufenthalt in einem Kinderheim ist, wie der Name schon

sagt, Kindern vorbehalten und somit in jedem Fall befristet. Frühestens ab dem 18. Altersjahr von S. kommt eine freie Wohnsitzwahl in Frage. Bis zu jenem Zeitpunkt hat ein Kind (unabhängig ob unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft) i.d.R. einen abgeleiteten Wohnsitz (vgl. Art. 25 ZGB; *Hausheer/Reusser/Geiser*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1999, Art. 162 N 34/7).

e) Schliesslich macht die Vormundschaftskommission Z. geltend, dass es dem Kindeswohl resp. Mündelwohl entspreche, wenn die Vormundschaft durch diejenige Behörde geführt werde, welche den engsten Sachzusammenhang aufweise und die Verhältnisse am besten kenne. Hierfür verweist sie auf Art. 315 ZGB.

Ein Teil der Lehre spricht sich im Vormundschaftsbereich für eine „Funktionalisierung“ der Wohnsitzbestimmung aus. Danach soll die Vormundschaft möglichst dort geführt werden, wo der Schutzbedürftige den räumlichen Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse besitzt. Nur so könne die Vormundschaft im Interesse des Mündels geführt werden (*Schnyder/Murer*, a.a.O., Art. 376 N 34). Diese Überlegung darf insbesondere bei einem bevormundeten Kind nicht ausser Acht gelassen werden, ist doch die Schutzbedürftigkeit eines Kindes noch ausgewiesener als eines unter Vormundschaft stehenden Erwachsenen. Im vorliegenden Fall wird die Vormundschaft durch Z. geführt, der Lebensmittelpunkt von S. befindet sich in P. Z. und P. liegen rund 30 Kilometer auseinander. Bei dieser Entfernung sollte es (noch) möglich sein, eine Vormundschaft gewissenhaft und somit im Interesse des Mündels bzw. Kindes zu führen. Zudem besteht, falls nötig, immer auch die Möglichkeit, dass die Vormundschafsbehörde von P. bei Bedarf Kindesschutzmassnahmen anordnet (vgl. Art. 315 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 315 Abs. 2 ZGB können Kindesschutzmassnahmen für Kinder, die ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft leben, auch von den Behörden am Ort, wo sich das Kind aufhält, angeordnet werden. Diese Regelung darf jedoch nicht als lex specialis zu den vormundschaftlichen Bestimmungen verstanden werden. Die gesetzlichen Grundlagen des Vormundschaftsrechts, so insbesondere Art. 377 ZGB, gelten auch für Kinder, die unter Vormundschaft stehen. Aus Art. 315 ZGB kann nicht, wie von der Vormundschaftskommission Z. dargelegt, eine Übertragung der Vormundschaft an die Aufenthaltsgemeinde abgeleitet werden. Auch

in einem weiteren Punkt kann der Vormundschaftskommission Z. nicht zugestimmt werden: In ihrer Stellungnahme geht sie davon aus, dass die Zuständigkeiten der Wohnsitzgemeinde (Art. 315 Abs. 1 ZGB) und der Aufenthaltsgemeinde (Art. 315 Abs. 2 ZGB) gleichwertig seien und im konkreten Fall jene Behörde zuständig sei, mit welcher der Fall enger zusammenhänge. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid festgehalten, dass es nicht der Wille des Gesetzgebers sei, zwei gleichwertige Zuständigkeiten zu schaffen, ohne Kriterien zu nennen, nach denen die eine oder die andere gelten sollte (BGE 129 I 423). Bei Kompetenzkonflikten, bei denen eine klare Regelung unabdingbar ist, muss jedenfalls vom Vorrang von Art. 315 Abs. 1 ZGB ausgegangen werden.

5. Aufgrund der gemachten Ausführungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Vormundschaft über S. weiterhin durch die Vormundschaftsbehörde Z. zu führen ist.

6. […]

Entscheid des Regierungsrates vom 14.08.2007

B.

Gerichtsentscheide

1. Verwaltungsgericht

2270

Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe. Primäre Beamtenhaftung und lediglich Ausfallhaftung der Gemeinde; ohne Ausführungsgesetzgebung zu Art. 70 der Kantonsverfassung ist eine primäre Haftung der Gemeinde ausgeschlossen.

Mit einer Klage gegen die Gemeinde H. wurde geltend gemacht, im Rahmen einer Beistandschaft seien haftungsbegründende Handlungen bzw. Unterlassungen die Ursache für einen im Vermögen einer Verbeiständeten entstandenen Schaden. In Kenntnis der Konkurrenz zwischen der primären Beamtenhaftung nach Art. 426 ff. ZGB (SR 210) und Art. 70 des kantonalen EG zum ZGB (bGS 211.1) und der primären Haftung des Gemeinwesens nach Art. 70 der 1995 in Kraft getretenen neuen Kantonsverfassung (KV; bGS 111.1) hielten die Kläger dafür, dass es ihnen zustehe, ihre Ansprüche ausschliesslich gestützt auf die zweite Haftungsgrundlage direkt gegen die Gemeinde geltend zu machen. Die Kläger verzichteten deshalb von Anfang an darauf, den Schaden gegen den Beistand oder die Mitglieder der Vormundschaftskommission geltend zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. […] Das Verwaltungsgericht beurteilt insbesondere vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur im Klageverfahren (Art. 57 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG; bGS 143.1). Soweit eine Haftung nach Art. 70 KV und Art. 262 ff. EG zum ZGB in Frage steht, ist die öffentlich-rechtliche Natur dieser kantonalen Bestimmungen offenkundig und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zu bejahen. Soweit als Haftungsgrundlage Art. 426 ff. ZGB und die zu

Art. 427 Abs. 2 ZGB erlassene Ausführungsbestimmung in Art. 70 EG zum ZGB in Betracht zu ziehen ist, wird diese bundesrechtlich begründete Haftungsordnung von der Lehre ebenfalls dem öffentlichen Recht zugerechnet (vgl. *Forni/Piatti,* Basler Kommentar ZGB I, Basel 2006, N 6 zu Art. 426-429, mit weiteren Hinweisen). In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht die öffentlich-rechtliche Natur und damit seine Zuständigkeit bereits auch für Schadenersatzklagen nach Art. 955 ZGB bejaht (Haftung aus Grundbuchführung, vgl. AR GVP 16/2004, Nr. 2245). Es hielt dafür, dass die früher dem Verwaltungsgericht bereits ausdrücklich gegebene Zuständigkeit, über Verantwortlichkeits- und Regressansprüche aus öffentlichem Recht im Klageverfahren zu entscheiden, nach dem Willen des Gesetzgebers auch im Rahmen von Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG weiterhin gegeben sei. Es sind auch vorliegend keine Gründe dargetan oder ersichtlich, welche die Haftung für eine Amtshandlung eines Vormundschaftsorgans einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Lichte dieser Rechtsprechung nicht auch als vermögensrechtliche Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur im Sinne von Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG erscheinen lassen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes für die anhängig gemachte Klage ist somit ohne Einschränkung zu bejahen, zumal die Anfechtbarkeit seines Urteils beim Bundesgericht auch im Rahmen des am 1.1.2007 in Kraft getretenen Art. 72 Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) weiterhin gewährleistet ist (vgl. *Forni/Piatti,* a.a.O., N 13 zu Art. 426-429; *J. Gross,* Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 2001, S. 26).

Die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage ist nicht an eine Frist gebunden. Da die Klage schriftlich, aber ohne vorgängige Vermittlung erhoben wurde, genügt sie den Anforderungen in Art. 58 Abs. 1 VRPG. Dass der behauptete Schadenersatzanspruch auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden könnte, ist zu verneinen, nachdem seitens der Gemeinde H. keine anfechtbare Verfügung ergangen ist, die Gemeinde durch die angerufenen Bestimmungen auch nicht zum Erlass einer Verfügung verpflichtet ist und sich auch aus dem Gemeindegesetz (GG; bGS 151.1) weder eine Haftungsgrundlage noch eine Pflicht zum Erlass einer Schadenersatzverfügung ergibt. Die formgerecht eingereichte Klage erweist sich grundsätzlich als zulässig, weshalb darauf einzutreten ist.

2. Art. 32 Abs. 1 VRPG ist auf das Rekurs- bzw. Anfechtungsverfahren zugeschnitten, und setzt in der Regel eine Beteiligung an einem vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren voraus. Da ein solches dem verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren typischerweise nicht vorangeht, und nach Art. 430 Abs. 2 ZGB auch nicht vorausgehen darf, ist diese Bestimmung vorliegend trotz des Verweises in Art. 59 VRPG nicht anwendbar. Im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Klage wird deshalb die Berechtigung zur Beurteilung eines Rechtsbegehrens regelmässig analog den Bestimmungen in der kantonalen Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) und somit gestützt auf die Begriffe der Sachlegitimation bzw. der Aktiv- und Passivlegitimation geprüft. Darunter wird die Berechtigung verstanden, einerseits das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis als Kläger in eigenem Namen geltend zu machen (Aktivlegitimation) und anderseits, diesen Anspruch dem Beklagten gegenüber geltend zu machen (Passivlegitimation des Beklagten). Wer als Kläger bzw. Beklagter auftreten muss, damit eine Klage durchdringen kann, ist demnach eine Frage des materiellen Rechts. Fehlt dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation, so ist die Klage abzuweisen (vgl. dazu auch AR GVP18/2006, Nr. 2268, E. 2 mit Hinweisen). Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Aktivlegitimation der Kläger und insbesondere die Passivlegitimation der Beklagten gegeben sind.

2.1(Die Aktivlegitimation der Kläger wird bejaht).

2.2Die beklagte Gemeinde bestritt ihre Passivlegitimation vorab damit, dass durch Art. 426-429 ZGB seit jeher eine einheitliche Haftung der Vormundschaftsorgane nach Bundesrecht bestehe, weshalb hier - anders als bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB) - nicht erst in jüngster Zeit eine einheitliche Lösung habe geschaffen werden müssen. Hier wie dort bestehe nun jedoch kein Raum für eine abweichende kantonale Sonderregelung, wie sie die Kläger aus Art. 70 KV und Art. 226 EG zum ZGB auch für den Bereich der Vormundschaftsorgane abzuleiten suchten.

2.3Nach Art. 426 ZBG haften der Vormund und auch der Beistand (in Verbindung mit Art. 367 Abs. 3 ZGB) für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verursachen. Geregelt ist dadurch primär das Haftungsverhältnis zwischen diesen vormundschaftlichen Organen bzw. dem Staat und dem geschädigten Mündel oder unmittelbar geschädigten Angehörigen. Relevant sind nur Handlungen

in Ausübung der amtlichen Funktionen gemäss Vormundschaftsrecht; die Pflichtverletzung bei der Erfüllung zusätzlicher, durch das kantonale Recht zugewiesener Funktionen unterliegt dem kantonalen Verantwortlichkeitsrecht. Die Haftung der vormundschaftlichen Organe ist somit eine primäre Beamtenhaftung, obwohl diese privatrechtlich geregelt ist (vgl., auch zum Folgenden: *J. Gross,* a.a.O., S. 24 ff.). Es gilt das Prinzip der stufenweisen Haftung (sog. Kaskadenhaftung). Die Vormundschaftsbehörde kann somit nur ins Recht gefasst werden, soweit der Vormund oder Beistand erfolglos belangt bzw. ein zugesprochener Schadenersatz nicht oder nicht voll erhältlich gemacht werden kann. Gegen direkt (Vormund, Beistand) und subsidiär haftende Organe (Vormundschaftsbehörde, Aufsichtsbehörde) kann zwar gleichzeitig Klage erhoben werden, aber dies ändert am Grundsatz der subsidiären Haftung nichts (*Forni/Piatti,* a.a.O., N 8 zu Art. 426-429). Art. 427 Abs. 2 ZGB erlaubt den Kantonen vorzusehen, dass ihre eigene Haftung subsidiär ist zu derjenigen der Gemeinde; hingegen können sich die Kantone der Vorschrift des Art. 427 Abs. 1 ZGB für die Haftung der Mitglieder der Aufsichtsbehörde nicht entziehen (diese Auffassung vertritt insbesondere auch *D. Piotet*, in: Schweizerisches Privatrecht, I/2, Basel 2001, N 465). Von dieser Möglichkeit hat mit Art. 70 EG zum ZGB auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden Gebrauch gemacht, und er lässt demnach vorerst die beteiligte Gemeinde und erst dahinter den Kanton haften. Der Kanton bzw. die von ihm bezeichneten Gemeinden haben (nur) für den Schaden einzustehen, der von den primär und endgültig (durch Urteil, Anerkennung oder Vergleich) haftenden vormundschaftlichen Organen nicht gedeckt wurde (sog. Ausfallhaftung nach Art. 427 ZGB; vgl. *Forni/Piatti,* a.a.O., N 10 zu Art. 426-429).

Ob und inwieweit diese für den Bereich der Vormundschaft geschaffene bundesrechtliche Kaskaden- und Ausfallhaftung einzig eine Minimallösung darstellt, welche die Kantone zugunsten der von vormundschaftlichen Massnahmen Betroffenen abändern können, ist in der Lehre umstritten. Jost Gross vertritt die Auffassung (Basler Kommentar, ZGB I, 2. Aufl., N 3 zu Art. 426-429 ZGB), das ZGB enthalte eine abschliessende Haftungsregelung, weshalb die kantonalen Bestimmungen des öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitsrechts nicht, bzw. nur innerhalb der nach Bundesrecht subsidiären Ausfallhaftung des Gemeinwesens zur

Anwendung kommen können. Die Kollisionsnorm in Art. 61 OR sei somit irrelevant. Der Anwendungsbereich der Staatshaftung bezieht sich demnach nur auf den ungedeckten Schaden, der im Einzelfall nach der Stufenfolge der Haftungsordnung nicht beim Vormund (oder Beistand), bei der Vormundschaftsbehörde oder bei der Aufsichtsbehörde erhältlich zu machen sei.

Die gegenteilige Position vertritt D. Piotet (Schweizerisches Privatrecht I/2, Basel 2001, N. 465/66). Demnach bewegen sich die Kantone innerhalb ihrer ursprünglichen Kompetenzen, wenn sie, unabhängig von der bundesrechtlichen Haftung, die Anwendung ihrer eigenen, für den Mündel vorteilhafteren Bestimmungen vorschreiben. Demnach kann der Kanton anstelle der primären Beamtenhaftung (nach Art. 428 und 429 ZGB) für rechtswidrige Handlungen direkt die öffentlich-rechtliche Körperschaft haften lassen. Allerdings sind auch nach diesem Autor kantonale Vorschriften, welche jedes direkte Vorgehen gegen einen Beamten der öffentlich-rechtlichen Körperschaft untersagen, nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich; demnach muss die kantonalrechtliche öffentliche Haftung mindestens die gleichen Garantien gewähren wie das Bundesprivatrecht.

Welche dieser Lehrmeinungen tatsächlich die Rechtslage wiedergibt, kann offen bleiben, weil sich im Folgenden ergibt, dass der kantonale Verfassungs- und Gesetzgeber mit Art. 70 KV jedenfalls für den Vormundschaftsbereich ohnehin keine direkt anwendbare, die kantonale Haftungsordnung nach Art. 70 EG zum ZGB (zu Art. 426-429 ZGB) derogierende Ersatzordnung geschaffen hat.

3. Nach Art. 70 Abs. 1 KV haften der Kanton und die anderen Körperschaften, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, für den Schaden, den ihre Organe bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit widerrechtlich verursachen. Bei diesen Körperschaften handelt es sich insbesondere um die Gemeinden, welche nebst dem Kanton mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sein können (vgl. *J. Schoch,* Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, Herisau 1996, S. 121). Soweit die Kläger nun direkt aus Art. 70 KV, bzw. in Verbindung mit Art. 262 EG zum ZGB eine Verantwortlichkeit der Gemeinde H. ableiten, übersehen sie zweierlei: Dadurch, dass Art. 70 Abs. 1 KV nebst der Haftung des Kantons ohne weiteres auch die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und insbesondere die Gemeinden primär haften lässt, lässt sich aus dieser Bestimmung

allein nicht ableiten, wer ganz, teilweise oder subsidiär haften soll, wenn eine öffentliche Aufgabe teils durch die Gemeinden und teils durch den Kanton wahrgenommen wird. Dass im Vormundschaftsrecht eine solche Konkurrenz zwischen den von den Gemeinden eingesetzten Vormundschaftsorganen (Vormund bzw. Beistand, Vormundschaftskommission, Gemeinderat als erste Aufsichtsbehörde) und dem Kanton besteht, ergibt sich daraus, dass der Regierungsrat nach Art. 55 EG zum ZGB (in der nach wie vor geltenden Fassung vom 25. April 1993, mit lf-Nr. 433) als zweite Aufsichtsbehörde eingesetzt ist. Dazu kommt haftungsrechtlich, dass sich auch nach Auffassung von Piotet die Kantone im Rahmen von Art. 427 ZGB ihrer Haftung für die Mitglieder der Aufsichtsbehörde nicht entziehen können (vgl. *D. Piotet,* a.a.O., N 465 und Fn 280, mit der in diesem Punkt offenbar einhelligen Lehre). Weil im Vormundschaftsrecht demnach nebst den Organen der Gemeinden bundesrechtlich auch der Kanton zumindest für seine Aufsichtsbehörde immer auch haftbar bleiben muss, steht fest, dass Art. 70 KV jedenfalls im Vormundschaftsbereich den von den Klägern behaupteten Systemwechsel hin zu einer primären Staatshaftung nicht ohne eine kantonale Ausführungsgesetzgebung hat bewirken können. Dass der Verfassungsgeber selber von der Notwendigkeit einer solchen Ausführungsgesetzgebung ausgegangen ist, ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 73 Abs. 3 KV, wonach das Gesetz die Haftung der Behördenmitglieder und Angestellten gegenüber dem Kanton und den anderen Körperschaften (Gemeinden) zu regeln hat. Eine auf diese Ausgangslage und das Vormundschaftsrecht zugeschnittene Ausführungsgesetzgebung zur Einführung einer primären Staatshaftung wurde indessen bis heute nicht erlassen. Stattdessen blieb Art. 70 EG zum ZGB als noch auf die primäre Beamtenhaftung zugeschnittene lex specialis zu Art. 262 ff. EG zum ZGB bis heute in Kraft und ist für den Vormundschaftsbereich nach wie vor die massgebende Haftungsgrundlage. Daran hat auch das für die Einführung einer primären Haftung des Gemeinwesens prädestinierte Gemeindegesetz nichts geändert. Dieses Gesetz wurde zwar im Gefolge der neuen Kantonsverfassung erlassen, um die Grundzüge der Gemeindeorganisation zu regeln (Art. 107 KV), aber die für eine primäre Haftung der Gemeinde erforderliche gesetzliche Grundlage wurde auch damit nicht geschaffen; weder allgemein noch spezifisch für das Vormundschaftsrecht und die dort von

Bundesrechts wegen gegebene Haftungskonkurrenz zwischen den Organen der Gemeinde und dem Aufsichtsorgan des Kantons. Soweit die Kläger davon ausgehen, es sei die primäre Haftung des Gemeinwesens nach Art. 262 ff. EG zum ZGB in Verbindung mit Art. 70 KV nun einfach an Stelle von Art. 70 EG zum ZGB auch im Vormundschaftsbereich anwendbar geworden, so übersehen sie, dass sich namentlich Art. 266 EG zum ZGB, welcher die Haftung mehrerer Behörden teils durch eine solidarische Haftung und teils durch eine verschuldensabhängige Teilhaftung regelt, nicht mit der auch von Piotet anerkannten bundesrechtlichen Vorgabe in Art. 427 ZGB verträgt, wonach der Kanton sich für seine Aufsichtsorgane unter keinen Umständen seiner Haftung entledigen kann. Daran ändert auch der in Art. 267 EG zum ZGB enthaltene Vorbehalt zugunsten des Bundesrechts nichts. Denn wäre Art. 70 EG zum ZGB nicht länger anwendbar, bliebe offen, ob der Kanton nebst der bundesrechtlich gegebenen Haftung für seine Aufsichtsorgane weiterhin nur subsidiär zu den Gemeinden haften soll. Das heisst, die diesbezüglich lückenhaften Bestimmungen in Art. 262 ff. EG zum ZGB sind ohne erneuten gesetzgeberischen Akt nicht geeignet, anstelle der in Art. 70 EG zum ZGB für das Vormundschaftsrecht bestehenden lex specialis den Übergang zu einer primären, aber weiterhin konkurrierenden Staats- und Gemeindehaftung zu regeln. Der mit der neuen Kantonsverfassung grundsätzlich angestrebte Wechsel hin zu einer primären Staats- oder Gemeindehaftung lässt sich jedenfalls für den Bereich des Vormundschaftsrechts nicht durch eine blosse Neuauslegung des geltenden EG zum ZGB herbeiführen, sondern es bedürfte dafür vorerst einer Anpassung des kantonalen EG zum ZGB. Weil eine ausschliessliche Haftung der Gemeinde, wie sie den Klägern offenbar vorzuschweben scheint, im Vormundschaftsrecht mit Art. 427 ZGB nicht zu vereinbaren wäre, hätte der Gesetzgeber in einer Ausführungsgesetzgebung die politisch heikle Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfang der Kanton nebst der Haftung für die hoheitliche Tätigkeit seiner Aufsichtsbehörde auch für die hoheitliche Tätigkeit der Vormundschaftsorgane der Gemeinden primär haften soll oder nicht. Ob der Gesetzgeber die finanziellen Folgen beim Ersatz der primären Beamtenhaftung durch eine primäre Staats- und Gemeindehaftung ganz oder überwiegend die Gemeinden tragen lassen will, ist eine politische Wertungsfrage, die sich weder durch Auslegung der neuen Kantonsverfassung noch des geltenden

EG zum ZGB beantworten lässt, sondern zwingend im Rahmen einer kantonalen Ausführungsgesetzgebung zu beantworten wäre. Da es an einer solche Ausführungsgesetzgebung fehlt, steht fest, dass die Klägerin weder direkt gestützt auf Art. 70 KV noch allein gestützt auf Art. 262 ff. EG zum ZGB berechtigt sein kann, primär und ausschliesslich die Gemeinde H. für den geltend gemachten Schaden zu belangen. Sollte der betreffende Beistand bei der Vermögensverwaltung tatsächlich und widerrechtlich den geltend gemachten Schaden verursacht haben, so bleibt es nach dem Gesagten dabei, dass die Kläger sich nur für einen bei diesem primär haftenden Vormundschaftsorgan nicht erhältlich zu machenden Ausfall an die Gemeinde halten kann. Ohne eine entsprechende Ausführungsgesetzgebung bleibt es nach Art. 70 EG zum ZGB dabei, dass die Kläger die Gemeinde H. derzeit nicht belangen können, da sie es bislang unterlassen haben, den betreffenden Beistand persönlich in Anspruch zu nehmen. Dass die persönliche Inanspruchnahme der Vormundschaftsorgane vorliegend, soweit ersichtlich, infolge Verjährung scheitern dürfte, ändert nichts daran, dass im Vormundschaftsrecht das kantonale Recht nach wie vor eine Inanspruchnahme der Gemeinde erst erlaubt, wenn ein allfälliger Ausfall durch Urteil, Anerkennung oder Vergleich rechtskräftig erstellt ist. Nachdem die Kläger auf eine persönliche Inanspruchnahme des betreffenden Beistandes bislang ausdrücklich verzichtet haben, muss ihre Klage zumindest derzeit mangels Passivlegitimation der Gemeinde H. abgewiesen werden.

Bei diesem Ergebnis kann, wie eingangs erwähnt, offen bleiben, ob und inwieweit der Kanton über seine Haftung für die Aufsichtsbehörde hinaus nach Bundesrecht überhaupt befugt ist, im Vormundschaftsrecht die primäre Beamtenhaftung ganz oder teilweise durch eine primäre Staats- oder/und Gemeindehaftung zu ersetzen. Die Klage ist gestützt auf die nach wie vor massgebende kantonale Bestimmung in Art. 70 EG zum ZGB mangels Passivlegitimation der beklagten Gemeinde abzuweisen.

VGer 26.09.2007

2271

Behindertengerechte Bauweise. Bei der Erweiterung einer öffentlich zugänglichen Baute (vor 2004 erstelltes Aussen- und Hallenbad) durch einen Anbau (Sauna) sind nebst dem Anbau bestehende Gebäudeteile nur insofern behindertengerecht anzupassen, als diese dem Anbau als Zugang oder Erschliessung dienen und dadurch eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung oder Zweckerweiterung erfahren (Art. 117 des kantonalen Baugesetzes in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. a des Behindertengleichstellungsgesetzes)

Aus den Erwägungen:

2. Am 1. Januar 2004 ist das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3), soweit hier von Interesse, in Kraft getreten. Dieses Gesetz ist unter anderem auf öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen anwendbar, für welche nach dessen Inkrafttreten eine Bewilligung für den Bau oder die Erneuerung der öffentlich zugänglichen Bereiche erteilt wird (Art. 3 lit. a BehiG). Eine Benachteiligung beim Zugang zu einer Baute, einer Anlage, einer Wohnung oder einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs liegt vor, wenn der Zugang für Behinderte aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist (Art. 2 Abs. 3 BehiG). Wer im Sinne der vorgenannten Bestimmung benachteiligt wird, kann im Falle eines Neubaus oder einer Erneuerung einer Baute oder Anlage im Sinne von Art. 3 lit. a (c und d) während des Baubewilligungsverfahrens von der zuständigen Behörde verlangen, dass die Benachteiligung unterlassen wird (Art. 7 Abs. 1 lit. a BehiG). Diese Vorschriften haben zum Ziel, die Rahmenbedingungen zu schaffen, damit Personen mit einer Behinderung aktiver am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können (Art. 1 Abs. 2 BehiG). Sie lassen indessen den Kantonen ihre ursprüngliche Befugnis, das in Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 100) enthaltene Diskriminierungsverbot mit konkreten Regeln umzusetzen. Das BehiG enthält nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes keine baurechtlichen Bestimmungen (des Bundes), sondern legt allgemeine Erfordernisse fest, die unter Beachtung der üblichen Verteilung der Zuständigkeiten die Einführung spezifischer baupolizeilicher Bestimmungen des kantonalen Rechts vorbehalten.

Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass das Bundesgesetz nur für die Bauten des Bundes oder die von ihm subventionierten Bauten besondere Bestimmungen vorsieht und auch nur insofern auf technische Regeln materieller Art wie beispielsweise die Norm SN 521 500/1988 ("Behindertengerechtes Bauen") verwiesen wird (BGE 132 V 82, zit. aus Pra 2006 Nr. 127, E. 2.3.2; vgl. Art. 15 Abs. 2 BehiG und Art. 8 und 9 der Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV; SR 151.31). Die bundesrechtlichen Rahmenbestimmungen bedürfen demnach kantonalrechtlicher Ausführungsbestimmungen, um auf einen konkreten Fall anwendbar zu sein. Mit der ebenfalls am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Bestimmung in Art. 117 des kantonalen Baugesetzes (BauG; bGS 721.1) wurde für den Kanton Appenzell Ausserrhoden eine solche Ausführungsbestimmung erlassen.

3. Das Bundesgesetz und die vorgenannte kantonale Ausführungsbestimmung sind indessen von Bundesrechts wegen nur auf öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen anwendbar, wenn für deren Bau oder Erneuerung nach dem Inkrafttreten am 1.1.2004 eine Bewilligung erteilt wird (Art. 3 Abs. 1 lit. a BehiG). Als Bau und Erneuerung gelten nach Art. 2 lit. a BehiV die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen, soweit sie einem ordentlichen oder einfachen kantonalen Bewilligungsverfahren unterstellt sind. Nach den Erläuterungen des EJPD zur BehiV (Bundesamt für Justiz, Nov. 2003, S. 2) wird damit klargestellt, dass das Bundesgesetz nur jenen Bau oder jene Erneuerung erfasst, die nach kantonalem Baurecht einer Baubewilligung bedürfen. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine ordentliche oder um eine im vereinfachten Verfahren zu erteilende Bewilligung handelt. Bundesrechtlich ist vorerst auch der Umfang einer Erneuerung ohne Belang; das Bundesgesetz verlangt als einzige Voraussetzung, dass die Erneuerung baubewilligungspflichtig ist. Der Umfang einer Erneuerung wird bei gegebener Baubewilligungspflicht dann erst bei der Interessenabwägung nach Art. 11 ff. BehiG berücksichtigt: Nach Art. 12 Abs. 1 BehiG darf eine Beseitigung einer Benachteiligung beim Zugang zu Bauten und Anlagen nur verlangt werden bei einem Aufwand bis zu 20 % der Erneuerungskosten bzw. bis zu 5 % des Gebäudeversicherungs- oder Neuwertes.

3.1(Die Beschwerdeführer beantragen, dass auch im bestehenden, vor 2004 erstellten Hallenbad, eventuell auch im

Aussenbad, ein behindertengerechter Badeinstieg mittels Wellenrutsche oder Badehebelifter zu erstellen sei. Die Vorinstanz verneinte diesbezüglich eine Sanierungspflicht gemäss BehiG, da es sich dabei um vor dem 1.1.2004 erstellte und bewilligte Bauten und Anlagen handle. Dass es sich beim bestehenden Hallenbad genauso wie bei der Erweiterung um öffentlich zugängliche Bauten im Sinne von Art. 3 lit. c BehiV handelt, blieb zu Recht unbestritten.) Umstritten und für die Anwendbarkeit des BehiG entscheidend ist jedoch, ob mit der nach dem 1.1.2004 zu bewilligenden Erweiterung (neuer Anbau mit Saunalandschaft) auch für das bestehende Hallen- und Aussenbad eine Baubewilligung erteilt wurde, oder ob widrigenfalls eine solche nach kantonalem Recht hätte eingeholt werden müssen.

3.2Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung, RPG; SR 700). Neben baulichen Änderungen können auch Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen unter diese bundesrechtliche Baubewilligungspflicht fallen, sofern sie geeignet sind, örtlich fassbare Auswirkungen auf die Nutzungsordnung zu zeitigen. Dies ist namentlich der Fall, wenn sie die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen, wobei unerheblich ist, ob mit der Zweckänderung bauliche Massnahmen verbunden sind (*Waldmann/Hänni*, Handkommentar zum RPG, N 17 zu Art. 22).

Die Kantone können diese Bewilligungspflicht weiter, aber nicht enger fassen (*Waldmann/Hänni,* a.a.O., N 13 zu Art. 22). Nach Art. 93 des kantonalen BauG sind Bauten, Anlagen und Vorkehren mit planungsrechtlichen oder baupolizeilichen Auswirkungen baubewilligungspflichtig. Soweit durch lit. a dieser Bestimmung die Bewilligungspflicht auf wesentliche Änderungen und wesentliche Zweckänderungen eingeschränkt erscheint, bleibt die dem Wortlaut nach weiter gefasste bundesrechtliche Bewilligungspflicht massgebend. Hingegen ist mit dem Bundesrecht vereinbar, dass Art. 93 Abs. 2 lit. c BauG Unterhaltsarbeiten keiner Bewilligungspflicht unterstellt. Nach Art. 38 Abs. 1 lit. b der kantonalen Bauverordnung (BauV; bGS 721.1) sind insbesondere Tiefbauten wie Strassen und Wege sowie Sport-, Freizeit- und Schwimmbadanlagen bewilligungspflichtig. Betreffen Vorhaben jedoch nur Teile einer bestehenden Baute oder Anlage, sind sie bewilligungspflichtig, sofern sie baupolizeilich oder in ihren Auswirkungen auf die Umwelt erheblich sind (Art. 38 Abs. 2 BauV). Daraus lässt sich e contrario

ableiten, dass von einem solchen Vorhaben nicht direkt betroffenen Teile einer bestehenden Baute oder Anlage nicht der kantonalen Bewilligungspflicht unterliegen, es sei denn, von diesen Teilen gingen in Zusammenhang mit dem Vorhaben ebenfalls neue oder zusätzliche Auswirkungen aus.

3.3Dass der ans bestehende Hallenbad geplante Anbau (Erweiterung um eine Saunalandschaft auf Niveau des UG) als solches baubewilligungspflichtig ist und demzufolge der Anpassungspflicht gemäss BehiG unterliegt, ist offenkundig und zu Recht unbestritten. Desgleichen muss auch für den Zugang und die Erschliessung dieser Anbaute bzw. Erweiterung gelten. Weil nach dem geänderten Projekt die Erschliessung ausschliesslich via den bestehenden Haupteingang (im EG) und die zentrale Treppe (ins UG) im 1982 erstellten Hauptgebäude erfolgt, erfahren diese Teile des bestehenden Gebäudes eine Zweckänderung bzw. eine Zweckerweiterung und fallen schon unter die kantonale Baubewilligungspflicht. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht darauf bestanden, dass dieser Zugang über Teile des bestehenden Gebäudes auf seiner ganzen Länge (vom bestehenden Haupteingang mit Kasse und Umkleide, über die zentrale Treppe bis in die Saunalandschaft im UG) behindertengerecht nachgerüstet werden muss (bezüglich Türwiderstände, - durchgangsmasse, Markierungen und Plattformlift).

3.4Die übrigen Teile des 1982 erstellten Hauptgebäudes, welche namentlich das weitläufige Innenbad umfassen, erfahren durch die Erweiterung um die Saunalandschaft keine Zweckänderung und auch keine baulichen Anpassungen. Beides gilt auch für das 2003 erstellte Aussenbad. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass schon bislang im UG eine kleinere Sauna bestand und diese nach dem nunmehr geänderten Projekt als solche unverändert bestehen bleibt. Anderseits weist die neue Saunalandschaft im UG eigene Fussbäder, Duschen, einen Eiscrash sowie einen eigenen Ruheraum auf, weshalb deren Benutzer nicht auf die Benutzung des im EG bestehenden Innen- und Aussenbades angewiesen sind. Damit steht fest, dass in diesen Bereichen des bestehenden Hauptgebäudes und des Aussenbades nach dem 1.1.2004 keine baubewilligungspflichtigen Änderungen vorgenommen wurden (oder werden), weshalb dafür eine Baubewilligung weder erteilt noch hätte eingeholt werden müssen. Dieses Innen- und Aussenbad besteht bewilligungsfrei weiter und fällt

nach Art. 3 lit. a BehiG somit nicht in den Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes. Dies könnte sich erst ändern, wenn daran baubewilligungspflichtige bauliche Änderungen oder Zweckänderungen vorgenommen werden. Der von der Beschwerdeführerin für das Innen- und das Aussenbad beantragte behindertengerechte Badeinstieg betrifft somit bestehende Anlage- und Gebäudeteile, auf die derzeit Art. 7 BehiG und die kantonale Ausführungsnorm nicht anwendbar sind. Daran ändert gegebenenfalls nichts, dass das Eintrittsticket derzeit zum Zugang zu allen Teilen der Anlage berechtigen soll. Denn es ist unbestritten, dass die Anzahl der Parkplätze und die Erschliessung für den Betrieb der gesamten Anlage mit Innenbad, Aussenbad und neu einer Saunalandschaft genügt, so dass der freie Wechsel von einem Teil der Anlage in einen anderen für sich allein keine baubewilligungspflichtigen Auswirkungen im Sinne von Art. 93 BauG hat.

3.5Auch nach dem sonstigen materiellen kantonalen Recht besteht derzeit kein Anspruch auf eine behindertengerechte Nachrüstung der beiden Bäder: Es ist aktenkundig, dass das Innen- und das Aussenbad 1982 bzw. 2003 formell und materiell rechtmässig bewilligt wurden, zumal das bis Ende 2003 geltende EG zum RPG (vom 28. April 1985) noch nicht zu einer behindertengerechten Bauweise verpflichtete. Die beiden Bäder geniessen deshalb den Schutz durch die Bestandesgarantie (Art. 94 Abs. 1 und 2 lit. a BauG). Soweit die beiden Bäder den erst 2004 in Kraft getretenen kantonalen Anforderungen an eine behindertengerechte Bauweise in Art. 117 BauG noch nicht genügen, ist deren Weiterbestand, deren Unterhalt und eine zeitgemässe Erneuerung gewährleistet. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist unter der weiteren Voraussetzung (lit. b), dass der Widerspruch zum geltenden Recht nicht wesentlich verstärkt wird, an den bestehenden Bauten und Anlagen auch eine Zweckänderung und eine angemessene Erweiterung zulässig. Diese Voraussetzung (verstärkter Widerspruch zum geltenden Recht) ist vorliegend erfüllt, weshalb die Vorinstanz (zu Recht) darauf bestanden hat, dass der An- bzw. Erweiterungsbau selber (Saunalandschaft) und auch dessen Erschliessung via das bestehende Hauptgebäude durchwegs den Anforderungen an eine behindertengerechte Bauweise zu genügen hat. Soweit dagegen im Bereich der ursprünglich rechtmässig erstellten und damit bestandesgeschützten Bäder auf die beantragten Einstieghilfen verzichtet wird, kann unter den gegebenen Umständen

nicht gesagt werden, dadurch werde der Widerspruch zum geltenden Recht verstärkt oder es seien damit wesentliche öffentliche Interessen verletzt (Art. 94 Abs. 2 lit. c BauG). Bei letzterem darf im Bereich dieser kantonalen Ausführungsnorm zum BehiG in Betracht gezogen werden, dass der Gesetzgeber in Art. 3 lit. a BehiG den Behindertenineressen erst in Verbindung mit einer baubewilligungspflichtigen Erneuerung eines öffentlichen Zuganges zum Durchbruch verhelfen will, weshalb nur insofern von einem wesentlichen öffentlichen Interesse gesprochen werden kann. Da die beiden Bäder selber derzeit keiner bewilligungspflichtigen Erneuerung unterzogen werden, ist auch im Rahmen von Art. 94 Abs. 2 BauG nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen die beantragte Nachrüstung mit einer Einstiegshilfe verweigert und im Ergebnis eine Verletzung eines wesentlichen öffentlichen Interesses verneint haben. Daran vermag das von der Beschwerdeführerin erwähnte Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichtes nichts zu ändern (in: BEZ 1999, Nr. 2), da dieses auf einer anderen kantonalen Bestandes- und Erweiterungsgarantie beruht. Dazu kommt, dass auch dort nicht nur der Einbau einer Lüftungsanlage in Frage stand, sondern der Einbau eines WC im Untergeschoss, weshalb im Ergebnis wie hier einzig, aber immerhin verlangt wurde, dass der Zugang in dieses Untergeschoss behindertengerecht auszugestalten sei.

4. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde in der Sache abzuweisen ist. Auf die beantragte Nachrüstung der Bäder mit einer Wellenrutsche oder mit einem Badehebelifter besteht derzeit weder nach Bundes- noch nach kantonalem Recht ein Rechtsanspruch. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das Anbringen einer dieser Einstiegshilfen verhältnismässig wäre.

VGer 30.05.2007

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen (1C_48/2008, publiziert in BGE 134 II 249). Laut Bundesgericht ist nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht bezüglich des Innen- und Aussenbades eine Anpassungspflicht verneint habe. Die zusätzliche Raumnutzung der Badehalle als Zugang auch zur Sauna tangiere die Badebecken nicht in relevanter Weise. Damit bleibe es dabei, dass sich Mobilitätsbehinderte für die Nutzung der Sauna zwingend durch die Badehalle begeben müssen, ohne die darin

befindlichen Badebecken selbständig benutzen zu können. In ihrem subjektiven Empfinden dürfte allerdings die Ausgrenzung von der Badenutzung stärker augenfällig werden als vor der Realisierung der Erweiterung, als ein hindernisfreier Zugang zum Gebäude noch nicht verlangt war. Dies gelte umso mehr, als z.B. Sinnesbehinderte im Gegensatz zu Mobilitätsbehinderten auf derartige Einstiegshilfen nicht angewiesen seien; die Benützbarkeit der Gesamtanlage gehe deswegen für verschiedene Kategorien von Behinderten nur unterschiedlich weit. In dieser Hinsicht möge das Ergebnis als unbefriedigend erscheinen, aber dies ergebe sich aus der bundesgesetzlichen Regelung, an die (auch) das Bundesgericht gebunden sei.

2272

Bauen ausserhalb der Bauzonen. Abbruch eines ehemals landwirtschaftlich genutzten Wohnhauses und des daran angebauten Ökonomieteils: Wiederaufbau als je separate Bauten in der Landwirtschaftszone zonenkonform oder allenfalls gestützt auf Art. 24d RPG zulässig? Abgrenzung zwischen in der Landwirtschaftszone zonenwidriger Freizeitlandwirtschaft und zonenkonformer Landwirtschaft.

Aus den Erwägungen:

1. Während noch das Planungsamt zum Schluss kam, der Wiederaufbau des abzubrechenden Wohnhauses sei zonenfremd und der separate Wiederaufbau des abzubrechenden Ökonomieteils sei in der Landwirtschaftszone als zonenkonform zu beurteilen, scheint die Vorinstanz mit ihrem Hinweis, das Wohnhaus stehe durchaus in einem funktionellen Zusammenhang zum Landwirtschaftsbetrieb auch dessen Zonenkonformität bejahen zu wollen. Die Beschwerdeführerin bestreitet sowohl die Zonenkonformität des neuen Wohnhauses als auch der neuen Ökonomiebaute.

2.1In der Landwirtschaftszone sind nach Art. 16a des im Jahre 2000 revidierten Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700) Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Gemäss Art. 43

Abs. 4 der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a), wenn der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und wenn der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (lit. c). Ausdrücklich hält Art. 34 Abs. 5 RPV dazu fest, dass Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft nicht als zonenkonform gelten (daran wird auch die Änderung des RPG vom 23. März 2007 nichts ändern, weil damit Erleichterungen für die hobbymässige Tierhaltung nur im Rahmen von Art. 24d RPG vorgesehen werden, und der neue Abs. 1bis keine Neubauten, sondern nur bauliche Massnahmen in bestehenden Gebäuden und Anlagen sowie höchstens neue Aussenanlagen ermöglichen wird).

2.2Bauten für den Wohnbedarf sind in der Landwirtschaftszone überdies nur zonenkonform, wenn sie für ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) gedacht und für dieses unentbehrlich sind. Bereits für einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb, welcher nicht die Grösse eines landwirtschaftlichen Gewerbes erreicht, können keine neuen Wohnbauten bewilligt werden (Art. 34 Abs. 3 RPV; Urteil des BGer 1A.184/2006 vom 15.2.2007, E. 2.2; *Waldmann/Hänni,* Handkommentar RPG 2006, N 14 zu Art. 16a). Dies würde vorliegend voraussetzen, dass der geplante Neubau des Wohnhauses einer Bewirtschaftung dient, für die mindestens drei Viertel einer Standartarbeitskraft nötig sind (Urteil BGer, a.a.O.). Dass der mit vier Hochlandrindern geplante Betrieb diesen Schwellenwert nicht erreicht, ist selbst seitens des Beschwerdegegners ausdrücklich zugestanden. Damit steht fest, dass die Vorinstanz den geplanten Neubau des Wohnhauses keinesfalls als zonenkonform hätte betrachten dürfen. Darauf, dass zwischen dem Wohnhaus und dem Landwirtschaftsbetrieb insbesondere mit Blick auf die weit entfernte Bauzone ein funktioneller Zusammenhang bestehen soll (Vorinstanz), kann es unter diesen Umständen gar nicht erst ankommen. Der geplante Abbruch und Wiederaufbau des zonenfremden Wohnhauses kann somit höchstens im Rahmen von Art. 24 ff. RPG in Frage kommen. Darauf ist weiter unten zurückzukommen.

2.3An dieser Stelle bleibt vorerst zu prüfen, ob der geplante Abbruch und Wiederaufbau des Ökonomieteils in der

Landwirtschaftszone zonenkonform zulässig ist. Die Vorinstanzen gehen davon aus, dass der mit vier Hochlandrindern auf 3.4 ha Eigen- und Pachtland geplante Betrieb, für den sie einen Standartarbeitskraftbedarf (SAK) von 0.278 errechnet haben, gemäss Art. 6 der landwirtschaftlichen Begriffsverordnung (LBV; SR 910.91) bzw. gemäss Art. 18 der Direktzahlungsverordnung (SR 910.13) auch als direktzahlungsberechtigter Nebenerwerbsbetrieb zu qualifizieren sei. Die Beschwerdeführerin lässt die errechneten SAK bestreiten und geltend machen, es handle sich bloss um einen Hobbybetrieb.

3. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen zonenwidriger Freizeitlandwirtschaft (Art. 34 Abs. 5 RPV) und einem zonenkonformen Haupt- oder Nebenerwerb stellt auf verschiedene Kriterien ab. Demnach ist für diese Abgrenzung die Anerkennung als landwirtschaftlicher Betrieb nach der Landwirtschaftsgesetzgebung und die Ausrichtung von Direktzahlungen nicht entscheidend. Die Tatsache, dass ein Betrieb die Anforderungen für den Erhalt von Direktzahlungen erfüllt, lässt nach dieser Rechtsprechung weder darauf schliessen, dass der Betrieb längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV), noch dass ein dauernder auf Wirtschaftlichkeit gerichteter und organisierter Einsatz von Kapital und Arbeit in einem wirtschaftlich bedeutsamen Umfang geleistet wird. Fehlt es an der Wirtschaftlichkeit des zu beurteilenden Betriebes und damit an einer wesentlichen Voraussetzung für eine Baubewilligung in der Landwirtschaftszone, ist nicht relevant, ob es sich um einen Betrieb im Sinne der Landwirtschaftsgesetzgebung handelt (vgl. Urteil BGer 1A.64/2006 vom 7.11.2006 betr. Damhirschzucht mit 2 Damhirschstieren, 30 Muttertieren und dazugehörenden Jungtieren auf 3.7 ha Wies- und 0.8 ha Weideland, Wattwil/SG, E. 3.3; Baubewilligung für neue Scheune verweigert).

Als Indizien für einen Freizeitlandwirtschaftsbetrieb gelten vorab die fehlende Gewinn- oder Ertragsorientierung, das Nichterreichen einer gewissen Mindestgrösse oder der marginale Arbeitsbedarf auf dem Betrieb. Weil auf das Setzen starrer Grenzwerte verzichtet wurde, muss sich die Abgrenzung am Einzelfall orientieren (vgl. BGer, a.a.O., E. 2.3, mit Hinweisen). Der Arbeits- und Zeitaufwand kann allein nicht ausschlaggebend sein, da dieser für eine Freizeitbeschäftigung durchaus auch beträchtlich sein kann, ohne dass bereits eine berufliche Tätigkeit vorliegt (vgl. BGer, a.a.O., E.

3.2). Die zonenkonforme landwirtschaftliche Bewirtschaftung unterscheidet sich von der Freizeitlandwirtschaft insbesondere durch einen dauernden, auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten und organisierten Einsatz von Kapital und Arbeitskraft in einem wirtschaftlich bedeutsamen Umfang (BGer, a.a.O, E. 2.3).

Verfahrensrechtlich ist es Sache des Baugesuchstellers den Nachweis zu erbringen, dass die Bauten betriebswirtschaftlich nötig und nicht überdimensioniert sind. Ferner hat er - in der Regel mit einem Betriebskonzept - nachzuweisen, dass der Betrieb längerfristig überlebensfähig ist (vgl. BGer, a.a.O., E.5.1 und 5.4).

3.1Vorliegend steht dem Beschwerdegegner das Eigenland von 2.0 ha sowie das zugepachtete Land von 1.4 ha für seine vier Hochlandrinder mit durchschnittlich zwei Kälbern als Weide und Wiese zur Verfügung. Es handelt sich damit schon rein flächenmässig um einen sehr kleinen Betrieb, nachdem das Bundesgericht für vergleichbare Tierhaltungsbetriebe mit 2 ha (Urteil BGer 1A.64/1998 vom 24.7.1998 betr. Schafhaltung, Pfäffikon/ZH) und nun sogar 4.5 ha Wies- und Weideland den Hobbycharakter bejaht hat (vgl. das oben zitierte Urteil i.S. Damhirschhaltung, Wattwil/SG).

Dass die Vorinstanzen für diesen Betrieb einen von der Beschwerdeführerin in dieser Höhe bestrittenen Arbeitsaufwand von 0.278 SAK veranschlagen, vermag nach der zitierten Rechtsprechung den Hobbycharakter selbst gegebenenfalls allein nicht auszuschliessen. Dies gilt auch für die daraus gegebenenfalls ableitbare Tatsache, dass damit der für Direktzahlungen erforderliche Mindest-Arbeitsbedarf von 0.25 SAK gerade noch erreicht wird (vgl. Art. 18 der Direktzahlungsverordnung). Vielmehr zeigt sich im Umstand, dass die untere Grenze für Direktzahlungen nur knapp erreicht wird, dass der Betrieb selbst im Lichte der Landwirtschaftsgesetzgebung nur knapp noch als unterstützungswürdiger Kleinstbetrieb gilt.

3.2Für die Beurteilung als zonenkonforme Bauten und Anlagen ist namentlich die Höhe des aus der Landwirtschaft erzielten oder erzielbaren Einkommens wesentlich, und zwar vorab auch für die Frage, ob der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 3 lit. c RPV). Der dafür nachweispflichtige Beschwerdegegner (Baugesuchsteller) hat darauf verzichtet, ein eigentliches Betriebskonzept vorzulegen. Er hat jedoch am Augenschein auf Fragen aus der Mitte des Gerichts dazu ausgeführt,

dass er nach seiner Wohnsitzverlegung dauerhaft hier zu wohnen gedenke, dass er aber beruflich bei einer Firma in St. Gallen als Elektromonteur tätig sein werde und dass er als Nebenerwerbslandwirt mit seinen Hochlandrindern ein Netto-Einkommen von jährlich rund Fr. 10'000.-- erzielen möchte. Ob dieses Einkommen mit diesem Tierbestand tatsächlich erwirtschaftet werden kann, hat der Beschwerdegegner weder anhand konkreter Betriebsdaten belegt noch sonst nachvollziehbar dargetan. […] Die Einkommensschätzung des Beschwerdegegners muss demnach zumindest als sehr optimistisch bezeichnet werden.

Aber selbst wenn man zu Gunsten des Beschwerdegegners davon ausgeht, dass sich mit seinem Betrieb tatsächlich ein Einkommen von monatlich rund 850.-- netto erzielen liesse, so steht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu vergleichbaren Tierhaltungsbetrieben fest, dass er damit keinesfalls ein als existenzsichernd zu bezeichnendes und den Charakter als Freizeitlandwirtschaft in Frage stellendes Erwerbseinkommen erzielen wird. Das Bundesgericht hat den Hobbycharakter bei Betriebseinkommen von monatlich bloss Fr. 800.-- schon mehrfach bejaht (vgl. Urteil 1A.143/2002 vom 17.07.2003 betr. eine Kleintierzucht, Aedermannsdorf/SO, oder 1A.64/1998, a.a.O, betr. Schafhaltung, Pfäffikon/ZH). Nachdem es nun sogar bei einem monatlichen Betriebseinkommen von monatlich Fr. 1'360.-- nicht mehr von einem existenzsichernden Erwerbseinkommen spricht und es ablehnt, bei einem solchen Einkommen die Wirtschaftlichkeit des betreffenden Betriebes längerfristig als gegeben anzunehmen, (vgl. 1A.64/2006, a.a.O., betr. Damhirschzucht, Wattwil/SG, E. 4.2), muss dies auch für den vorliegenden Betrieb gelten, zumal sich damit bestenfalls ein deutlich geringeres Betriebseinkommen erzielen lässt und der Betrieb ebenfalls in der produktionstechnisch benachteiligten voralpinen Hügelzone liegt.

3.4Aber selbst wenn man zugunsten des Beschwerdegegners annehmen wollte, dass er das aus der Haltung von Hochlandrindern zu erzielen erhoffte Einkommen von monatlich Fr. 850.-- gewinnorientiert erzielt, wäre allein damit noch nicht nachgewiesen, dass dieser Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV). Diese Bestimmung will sicherstellen, dass in der Landwirtschaftszone nicht unnötig neue Bauten und Anlagen erstellt werden, welche infolge Betriebsaufgabe schon nach kurzer

Zeit wieder leer stehen. Nach den Akten steht nun zwar fest, dass der 1956 geborene Beschwerdegegner eine landwirtschaftliche Ausbildung absolviert hat und aufgrund seines Alters eine Betriebsnachfolge erst in rund 14 Jahren in Frage steht; insofern ist eine kurzfristige Betriebsaufgabe nicht zu erwarten. Zu beachten ist jedoch, dass der Beschwerdegegner eigener Darstellung nach hauptberuflich als Elektromonteur in St. Gallen tätig sein wird, so dass er selbst bei guten Strassenverhältnissen im Sommerhalbjahr täglich mehr als eine Autostunde unterwegs sein wird, bevor er sich seiner Tierhaltung widmen kann. Im Winter kommt ein auch zeitlich erheblicher Aufwand für die Schneeräumung der privaten, teils recht steilen Zufahrt zu seinem abgelegenen Betrieb in der voralpinen Hügelzone hinzu. Unter zeitlich derart schwierigen Umständen kann in Würdigung des nur geringen damit erzielbaren Einkommens und der übrigen betrieblichen Gegebenheiten nicht ernsthaft damit gerechnet werden, die Tierhaltung werde in dieser Form wenigstens über die nächsten 14 Jahre bzw. bis zur Pensionierung des Betriebsleiters Bestand haben können. Dabei ist auch zu veranschlagen, dass der Arbeitsweg nur schon aus zeitlichen Gründen via die Autobahn zurückzulegen sein wird, so dass die Einnahmen aus der Tierhaltung (monatlich Fr. 850.--) bestenfalls die Kosten für die täglich zurückzulegenden rund 60 Autokilometer decken werden. Unter diesen Umständen kann keinesfalls damit gerechnet werden, die Tierhaltung erfolge gewinnorientiert und werde längerfristig so betrieben werden - es sei denn als kosten- und zeitaufwendiges Hobby. Damit steht fest, dass die Vorinstanzen die freistehend geplante Scheune mit Stall in Verletzung von Art. 34 Abs. 4 lit. c und Abs. 5 RPV als zonenkonform bewilligt haben. Zumindest in diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen.

4. Zu prüfen bleibt, ob der geplante Abbruch und Wiederaufbau des oben bereits als zonenwidrig erkannten Wohnhauses im Rahmen von Art. 24 ff. RPG zulässig ist.

4.1Dass es sich beim Wohnhaus um eine standortgebundene Baute handeln könnte, wie der Beschwerdegegner mit seinem Hinweis auf Art. 24 RPG ohne nähere Substantiierung geltend machen lässt, muss verneint werden. Der Beschwerdegegner ist weder als Elektromonteur noch als Hobbytierhalter auf Wohnraum ausserhalb der Bauzone angewiesen.

4.2Es ist unbestritten und aktenkundig, dass der vormalige Eigentümer das ehemalige Bauernhaus mit angebauter Scheune auch nach 1972 noch für landwirtschaftliche Zwecke genutzt hat. Deshalb beruht die Zonenwidrigkeit des Wohnteils vorliegend nicht auf einer Rechtsänderung, sondern auf der Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes. Damit steht fest, dass der Abbruch und Wiederaufbau des Wohnhauses (und im übrigen auch des Ökonomieteils) nicht gestützt auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24c RPG in Frage kommen kann (vgl. Urteil BGer 1A.134/2002 vom 17.3.2003, E. 4.1-4.5).

4.3Zu prüfen bleibt deshalb, ob der Abbruch und Wiederaufbau des als zonenwidrig erkannten Wohngebäudes von der Vorinstanz zu Recht im Rahmen von Art. 24d RPG als zulässig beurteilt wurde. Dies wäre eigentlich schon allein deshalb zu verneinen, weil Art. 24d RPG den Wiederaufbau für die in seinen Anwendungsbereich fallenden Bauten und Anlagen - anders als Art. 24c RPG - gar nicht vorsieht und es sich dabei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch keinesfalls um ein gesetzgeberisches Versehen handelt (vgl. Urteil BGer 1A.134/2002 vom 17.7.2003, E.5.4). Soweit der Bundesrat mit Art. 42a Abs. 3 RPV für landwirtschaftsfremd gewordene Wohnbauten den Wiederaufbau nun dennoch (für durch höhere Gewalt zerstörte Bauten) vorsieht, geht er damit über die gesetzliche Grundlage in Art. 24d Abs. 1 RPG hinaus (vgl. *Waldmann/Hänni,* a.a.O., N 9 zu Art. 24d). Unter diesen Umständen ist erst Recht zu beachten, dass der Bundesrat in Art. 42a Abs. 3 RPV den Wiederaufbau ausdrücklich auf die eher seltenen Fälle nach Zerstörung durch höhere Gewalt eingeschränkt hat. Der freiwillige Abbruch und Wiederaufbau landwirtschaftsfremder Wohnbauten ist daher für die in den Anwendungsbereich von Art. 24d RPG fallenden Vorhaben nach wie vor ausgeschlossen. Die Vorinstanz geht deshalb fehl in der Annahme, das Bundesrecht lasse ihr mit Art. 24d RPG Raum für eine kantonale Praxis, welche den freiwilligen Abbruch und Wiederaufbau wenigstens für abbruchreife oder nicht mehr zeitgemäss nutzbare ehemalige landwirtschaftliche Wohnbauten bewilligen möchte. Eine derartige Auslegung findet schon im Wortlaut von Art. 24d RPG keine Stütze und verkennt, dass die Bausubstanz ehemals landwirtschaftlicher und nun landwirtschaftsfremd umgenutzter Wohnbauten nach dem Sinn des Abs. 1 nicht über den Zeitraum noch lohnenden Unterhalts hinaus erhalten oder gar durch einen

Wiederaufbau ersetzt werden kann und soll. Die von der Vorinstanz mit der Bewilligung des Vorhabens angestrebte Praxis muss als bundesrechtswidrig bezeichnet werden. Dass diese Praxis nicht einmal in Art. 120 und 121 des kantonalen Baugesetzes (BauG; bGS 721.1) eine Stütze findet, ist bemerkenswert, könnte gegebenenfalls an der Bundesrechtswidrigkeit von Wiederaufbauten nach einem freiwilligen Abbruch allerdings auch nichts ändern (vgl. für eine als bundesrechtswidrig erkannte kantonale Bestimmung, welche den Wiederaufbau erlauben wollte: Baudepartement St. Gallen, Jur. Mitteilungen 2005/IV, Nr. 32, S. 22). Damit steht fest, dass der freiwillig geplanten Abbruch des Wohntraktes nun keinesfalls dazu berechtigt, diesen durch einen freistehend geplanten Neubau zu ersetzen und den Wohnraum darin gar noch zu erweitern. Diesem Vorhaben stehen Art. 24d RPG und Art. 42a Abs. 3 RPV entgegen. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt gutzuheissen.

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde vollumfänglich gutzuheissen ist. Die Vorinstanzen hätten der geplanten Ökonomiebaute mangels nachgewiesener Zonenkonformität (Art. 34 Abs. 4 und 5 RPV) und dem ebenfalls freistehend geplanten Wiederaufbau des freiwillig abzubrechenden Wohntraktes wegen Verletzung von Art. 24d RPG und Art. 42a Abs. 3 RPV die Baubewilligung versagen müssen. Ob den beiden Vorhaben auch die weiteren, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Bau- und Erschliessungshindernisse im Wege stehen, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

VGer 25.04.2007

2273

Verfahren. Keine Nachfrist zur Zahlung eines Kostenvorschusses.

Ficht ein Versicherter den Einspracheentscheid der IV-Stelle beim Verwaltungsgericht an, wird dieser von der Gerichtsleitung praxisgemäss aufgefordert, innert 10 Tagen einen Kostenvorschuss zu leisten. Diese Anordnung ergeht mit der Androhung, dass widrigenfalls nicht auf die Beschwerde eingetreten werde. Nachdem von einem Beschwerdeführer innert Frist kein Kostenvorschuss

einging, ist der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts in Anwendung von Art. 21 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.1) auf dessen Beschwerde nicht eingetreten.

VGP 06.09.2007

Das Bundesgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen. Es hielt im Wesentlichen dafür, es bleibe den Kantonen im Rahmen ihrer verfahrensrechtlichen Regelungszuständigkeit gemäss Art. 61 ATSG (Bundesgesetz über den Allg. Teil des Sozialversicherungsrechts; SR 830.1) anheimgestellt, im kostenpflichtigen IV-Verfahren eine Kostenvorschusspflicht vorzusehen oder nicht. Tun sie dies müsse dies formellgesetzlich geregelt sein. Art. 21 VRPG stelle eine rechtsgenügliche Grundlage für die Erhebung eines Kostenvorschusses unter Fristansetzung und unter Androhung des Nichteintretens im Säumnisfall dar. Insbesondere weil kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geltend gemacht wurde, sei das Bestehen auf einem Kostenvorschuss weder ermessensmissbräuchlich noch überspitzt formalistisch. Zur Nachfristansetzung hielt das Bundesgericht im Wesentlichen fest (E. 6.3.2):

(...) Für das im Rahmen von Art. 61 ATSG kantonalrechtlich geregelte Verfahren vor den kantonalen Sozialversicherungsgerichten existiert keine Vorschrift des Bundesrechts, welche die Kantone zur Ansetzung einer Nachfrist nach unbenutztem Ablauf der (erstmalig) eingeräumten Frist zur Vorschusszahlung verpflichtet. Dass das seit dem 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110) in Art. 62 Abs. 3 für das Verfahren vor dem Bundesgericht eine Pflicht zur Ansetzung einer (einmaligen angemessenen) Nachfrist bei Säumnis statuiert, bedeutet nicht, dass dasselbe nunmehr für die Kantone gelten müsste. Auch zwingt die in Art. 61 lit. b Satz 2 ATSG vorgeschriebene Ansetzung einer angemessenen (Nach-)Frist zur Verbesserung von nicht respektive unzureichend begründeten Beschwerden nicht analog zur Bejahung einer entsprechenden Pflicht bei versäumter Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses (…). Eine Nachfrist zur Zahlung des Kostenvorschusses rechtfertigt sich verfassungsrechtlich nicht generell, sondern nur ausnahmsweise: Ein Anspruch darauf besteht etwa dann, wenn innert Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ein

Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt und dieses in der Folge abgewiesen wurde (oder in Fällen nach Art. 62 Abs. 1 Satz 2 BGG). Im Übrigen aber stellt das Nichteintreten auf eine Beschwerde mangels rechtzeitiger Leistung des Kostenvorschusses regelmässig keinen überspitzten Formalismus dar, sofern die Säumnisfolge – wie hier – rechtsgenüglich angedroht wurde (Urteil des Bundesgerichts 9C_715/2007).

2274

Bewilligung einer Mobilfunkantenne auf dem Flachdach eines bestehenden Gebäudes in einer dreigeschossigen Wohn- und Gewerbezone. Baubewilligung verweigert, weil das Vorhaben (Technikschrank und Mobilfunkantenne) nicht mit den Vorschriften über Dachaufbauten im Baureglement der Gemeinde Herisau (BauR) zu vereinbaren ist.

Aus den Erwägungen:

2.3 Hinsichtlich der Mobilfunkantenne wird geltend gemacht, diese falle nicht unter die Vorschriften der Gebäudehöhe, da diese nicht als Baute, sondern nur als Anlage zu qualifizieren sei. Dies dürfte nach den einleitend zum Begriff der Baute gemachten Erwägungen zutreffen, wenn es sich um eine Antenne ohne oder nur mit einer bescheidenen Verkleidung handelt. Wie die vorliegend mit einer Verkleidung geplante Antenne zu qualifizieren wäre, kann indessen offen bleiben, wenn sich im Folgenden ergibt, dass die auf einem bestehenden Flachdach geplante Antenne auch als Anlage den Gestaltungsvorschriften für Dachaufbauten unterliegt und dass weder die Antenne noch der Technikschrank diesen Vorschriften zu genügen vermag.

2.4Bei den Vorinstanzen war noch umstritten, ob die Mobilfunkantenne als Antennenanlage im Sinne von Art. 64 BauR zu qualifizieren sei. Zu dieser kommunalen Vorschrift liess die Baubewilligungskommission zutreffend geltend machen, diese Vorschrift beziehe sich explizit nur auf Radio- und Fernsehantennen, da im BauR in einer Fussnote ausdrücklich auf Art. 53 des (alten) Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG vom 21. Juni

1991) verwiesen werde (dass dieser Art. 53 inzwischen durch Art. 67 des neuen RTVG vom 24. März 2006 ersetzt wurde, ändert nichts, da diese Bestimmung unverändert kantonale Antennenverbote erlaubt). Dieser Verweis auf Art. 53 RTVG lässt aber erkennen, dass Art. 64 BauR nur Radio- und TV-Empfangsantennen für den "Hausgebrauch" erlauben wollte, keinesfalls aber Sendeanlagen mit einem über das Standortgebäude hinaus reichenden Versorgungsauftrag. Für die nachfolgend in Frage stehende Auslegung des Art. 63 BauR ist zumindest bemerkenswert, dass auch den Antennenanlagen nach Art. 64 ein funktioneller Bezug zum als Standort gewählten Gebäude eigen ist.

3. Art. 63 BauR beschränkt unter dem Randtitel "Dachaufbauten und –einschnitte" die Erstellung solcher Bauten zunächst in flächenmässiger Hinsicht (Abs. 1) und lässt bei Kulturobjekten auch weitergehende Beschränkungen zu (Abs. 2). Art. 63 Abs. 4 BauR bestimmt sodann, dass Dachaufbauten wie Treppenhäuser, Liftaufbauten, Kamine, Ventilationszüge usw. mit dem technisch notwendigen Mass über die Dachfläche ragen dürfen. Solche Dachaufbauten müssen indessen den erhöhten Gestaltungsanforderungen gemäss Art. 61 BauR genügen (Abs. 2: ... sind "so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzugliedern, dass eine besonders gute Einpassung in das Orts-, Strassen- und Landschaftsbild erreicht wird.").

3.1Soweit umstritten ist, ob der Technikschrank und die Mobilfunkantenne als Dachaufbauten im Sinne von Art. 63 BauR zu qualifizieren sind, ist nach dem einleitend Gesagten offenkundig, dass der Technikschrank als Baute über Dach in Erscheinung tritt und deshalb auch als Dachaufbaute zu qualifizieren ist. Obwohl im Titel ausdrücklich nur von Dachaufbauten die Rede ist, ergibt sich aus der nicht abschliessenden Aufzählung in Art. 63 Abs. 4 BauR indessen auch, dass dieser Absatz sich ausdrücklich auch auf Anlagen ohne Bautencharakter bezieht, wenn dort von Kaminen und Ventilationszügen und in Abs. 5 auch von Sonnenkollektoren die Rede ist. Daraus erhellt, dass nebst dem Technikschrank auch die Mobilfunkantenne grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 4 BauR fällt.

3.2Umstritten ist sodann, ob die in Art. 63 Abs. 4 BauR nicht abschliessend aufgezählten Dachaufbauten und -anlagen nur zu bewilligen sind, wenn sie dem betreffenden Gebäude dienen, das

heisst, wenn sie dazu auch in einem funktionellen Bezug stehen. Dies ist mit den Vorinstanzen zu bejahen. Dies ergibt sich implizit daraus, dass die in Abs. 4 beispielhaft aufgezählten Dachaufbauten und -anlagen, nämlich Treppenhäuser, Liftaufbauten, Kamine und Ventilationszüge, alle offenkundig nur der hausinternen Erschliessung, Versorgung oder Entsorgung dienen. Es handelt sich wie bei den Antennen in Art. 64 BauR um Infrastrukturbauten und -anlagen, welche bloss dem Hausgebrauch und damit einer eingeschränkten Zweckbestimmung dienen. Gestützt auf Art. 63 Abs. 4 BauR können somit nur Vorhaben für hausinterne Erschliessungs-, Versorgungs- oder Entsorgungszwecke bewilligt werden. Aber selbst Dachaufbauten und -anlagen dieser eingeschränkten Zweckbestimmung dürfen nur mit dem technisch dafür notwendigen Mass über die Dachfläche ragend bewilligt werden. Dachaufbauten und –anlagen, welche für andere, nicht hausinterne Zwecke die Dachfläche überragen, sind demnach über Dach nicht gestattet.

Dass es sich in Art. 63 Abs. 4 BauR nicht um eine abschliessende Aufzählung handelt, lässt zwar, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, auf eine offene Normierung schliessen. Bei dieser Gestaltungsvorschrift kann dies aber nicht bedeuten, dass der Gemeindegesetzgeber damit technischen Entwicklungen jeglicher Art nicht habe prohibitiv vorgreifen wollen. Vielmehr weist die beispielhafte Aufzählung den Weg dahin, dass technisch neue Aufbauten und -anlagen auf einem Dach nur soweit in Kauf zu nehmen sind, als diese ebenfalls der hausinternen Erschliessung, Versorgung oder Entsorgung dienen. Bei der geplanten Mobilfunkantenne handelt es sich um eine weite Teile der Bauzone versorgende Sendeanlage, welche offenkundig nicht allein der Versorgung des als Standort gewählten Gebäudes dient. Weil auch der Technikschrank diesem nicht bloss hausinternen Versorgungszweck dient, steht fest, dass sich das Vorhaben nach Art. 63 Abs. 4 BauR auf dem Dach des betreffenden Gebäudes auch nicht ordentlich bewilligen lässt. Für die hausinterne Erschliessung oder Versorgung dieses Wohn- und Geschäftshauses besteht weder funktionell noch technisch eine Notwendigkeit, eine solche Sende- bzw. Mobilfunkantenne mit Technikschrank über deren Dachfläche zu errichten. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der

Technikschrank und die Mobilfunkantenne den erhöhten Gestaltungsanforderungen in Art. 61 BauR zu genügen vermag.

4. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin ihren konzessionsrechtlich auferlegten Versorgungsauftrag auch in Anbetracht dieser Auslegung der kommunalen Gestaltungsvorschrift in Art. 63 Abs. 4 BauR noch erfüllen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen Bau- und Planungsvorschriften die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen nicht verletzen, das heisst, sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen (BGE 133 II 321, 328 f., auch zum folgenden). Werden diese Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten, so sind namentlich ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie z.B. der Wahrung des Charakters eines Quartiers, grundsätzlich möglich. Der auf dem Flachdach eines bestehenden Gebäudes geplanten Mobilfunkantenne und dem Technikschrank steht vorliegend eine Gestaltungsvorschrift entgegen, welche primär durch Motive der Ortsbildgestaltung und im weiteren auch des Ortsbildschutzes begründet erscheint (während die nördliche Hälfte des bestehenden Gebäudes in der kommunalen Ortsbildschutzzone liegt, sollen die Antenne und der Technikschrank auf dem südlichen Gebäudeteil ausserhalb dieser Schutzzone, aber in deren Umgebung, errichtet werden; vgl. dazu auch Art. 44 Abs. 7 BauR). Weil Art. 63 BauR lange vor dem neu entstandenen Bedürfnis nach Erstellung von Mobilfunkantennen erlassen wurde, kann dieser Gestaltungsvorschrift sicher nicht entgegengehalten werden, es handle sich dabei eigentlich um eine bundesrechtlich nicht erlaubte Immissionsschutzmassnahme. Dass ein Technikschrank und Mobilfunkantennen als Folge der vorstehend bestätigten Auslegung des Art. 63 Abs. 4 BauR nicht mehr auf Dächern erstellt werden können, kommt selbst innerhalb der Bauzonen von Herisau nicht einem weitgehenden Verbot solcher Anlagen gleich. Die Beschwerdeführerin anerkennt selber, dass Mobilfunkantennen als freistehende Antennen innerhalb der Bauzonen nach wie vor zulässig sind und dort auch faktisch überall im Bereich bestehender Baulücken oder nur schlecht ausgenutzter Grundstücke möglich bleiben. In Herisau und im Versorgungsbereich der umstrittenen Antenne im Besonderen kommt hinzu, dass das Versorgungsgebiet an teils locker

überbaute Hanglagen angrenzt, so dass eine Versorgung insbesondere auch von diesen Hanglagen aus möglich bleibt. Von diesen Hanglangen aus dürfte die Versorgung über freistehende Antennen sogar mit ähnlich geringen Antennenhöhen möglich sein, wie sie vorliegend auf dem bestehenden Flachdach vorgesehen wurde. Weil die auf Mobilfunkantennen als anwendbar erkannte Bestimmung in Art. 63 Abs. 4 BauR somit keineswegs einem weitgehenden Verbot solcher Anlagen gleichkommt, ist diese mit der Fernmeldegesetzgebung des Bundes zu vereinbaren.

Daran ändert nichts, dass freistehende Antennen gestalterisch nicht überall unproblematisch sein dürften. Denn das allgemein innerhalb der Bauzonen geltende Eingliederungsgebot (Art. 112 Abs. 1 BauG) hat in aller Regel kein Bauverbot zur Folge, sondern bedingt lediglich gestalterische Massnahmen bzw. Auflagen, wie sie die Beschwerdeführerin zur besseren farblichen Einpassung des Vorhabens auch vorliegend vorgesehen hat (farblich an die Umgebung angepasste Antennenverkleidung).

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Vorinstanzen den Technikschrank und die Mobilfunkantenne zu Recht als mit Art. 63 Abs. 4 BauR nicht vereinbar beurteilt haben. Da das Vorhaben auch nicht gestützt auf die Bestandes- und Erweiterungsgarantie oder die Ausnahmeklausel bewilligt werden kann, wurde dem Vorhaben zu Recht und im Ergebnis auch ohne Verletzung der Fernmeldegesetzgebung die Baubewilligung verweigert. Die Beschwerde ist abzuweisen.

VGer 28.03.2007

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1 Zivilrecht

3502

Nichtigkeit des Vorstandsbeschlusses eines Vereins. Masst der Vereinsvorstand sich die Kompetenzen der ihm untergeordneten Disziplinarkommission (gegenüber der er Rekursinstanz ist) an, liegt ein schwerer formeller Mangel vor, der die Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses zur Folge hat. Schwer ist der Mangel insbesondere deshalb, weil der Vorstand die abschliessende Auseinandersetzung der Disziplinarkommission in der Sache vereitelte und dem Kläger den Rechtsweg beschnitt (Art. 75 ZGB).

Aus den Erwägungen:

1. Den Vereinsausschluss des Klägers hat das Bundesgericht im Urteil vom 3. Juli 2006 aufgehoben. Bei der nachfolgenden Beurteilung ist also davon auszugehen, dass dieser immer noch Mitglied der N. ist.

Mit seiner Klage hat R. die weiteren Anträge gestellt, die Beklagte sei zu verpflichten, ihn wieder in die Kassenliste der N. aufzunehmen und es sei ihm für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis zum 30. September 2003 eine Entschädigung von Fr. 17'000.-- pro Monat, d.h. insgesamt Fr. 51'000.--, zu bezahlen unter dem Vorbehalt des Nachklagerechts. Mit seinem Eventualantrag forderte der Kläger Schadenersatz nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 42 OR.

Sowohl das Kantons- wie das Obergericht haben sich zwar zur Streichung des Klägers von der Kassenliste der N. geäussert, ohne indessen abschliessend Stellung zu nehmen. In Nachachtung des

Urteils des Bundesgerichtes hat das Obergericht im Folgenden daher die Anträge auf Wiederaufnahme in die Kassenliste der N. sowie auf Zusprechung von Schadenersatz zu behandeln.

2. Auf die Ausführungen der Parteien sowie diejenigen der Vorinstanz zu diesem Thema braucht nicht weiter eingegangen zu werden, zumal das Obergericht aufgrund einer vertieften Auseinandersetzung mit den Akten zum Schluss gelangt, dass der Beschluss des Vorstandes der N. vom 27. Juni 2003 (mitgeteilt am 30. Juni 2003; Anmerkung der Unterzeichneten), mit dem R. rückwirkend per 27. Juni 2003 in den B-Status versetzt und von der Kassenliste der N. gestrichen worden war, nicht gültig erfolgt, sondern vielmehr nichtig ist. An den anders lautenden Ausführungen im Urteil vom 18. Oktober 2005 kann nicht festgehalten werden.

Die Nichtigkeit des Beschlusses vom 27. Juni 2003 ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Nach herrschender Lehre hat die Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB rein kassatorische Wirkung, d.h. dass der Kläger nach dem Urteil des Bundesgerichtes immer noch Mitglied bei der Beklagten ist (*Michael Riemer*, Berner Kommentar, N 82 zu Art. 75 ZGB). Beschlüsse des Vorstandes und Verfügungen sonstiger Organe können angefochten werden (*Michael Riemer*, a.a.O., N 17 ff. zu Art. 75 ZGB). Der Beschluss des Vorstandes resp. eines andern Organs muss aber endgültig sein, d.h. er darf vereinsintern nicht mehr an ein anderes Vereinsorgan weitergezogen werden können (*Michael Riemer*, a.a.O., N 14 zu Art. 75 ZGB). Eine Ausnahme besteht dann, wenn das Festhalten am vereinsinternen Rechtsweg unzumutbar oder unmöglich ist (*Anton Heini/Urs Scherrer*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2006, N 7 zu Art. 75 ZGB). Wird die vereins- oder verbandsinterne Weiterzugsmöglichkeit nicht oder nicht rechtzeitig genutzt, so ist damit auch das Anfechtungsrecht gemäss Art. 75 ZGB verwirkt (*Anton Heini/Urs Scherrer*, a.a.O., N 8 zu Art. 75 ZGB).

Nach Ziff. 5.2 Abs. 4 der Statuten der N. erledigt der Vorstand sämtliche Verbandsangelegenheiten, die nicht in der Kompetenz der Generalversammlung liegen. Dazu gehören nach Ziff. 5.2 Abs. 7 die Regelung der Kassenzulassung und in Verbindung mit Art. 7 der Erlass der notwendigen Geschäftsreglemente. Ein solches Geschäftsreglement stellt das Disziplinarreglement vom 9. November 1995 dar. Nach Art. 4.8.1 der Statuten ist die Disziplinarkommission

ein Verbandsorgan. Als Disziplinarfehler gilt die Verletzung von Vorstands- resp. Verbandsbeschlüssen (Art. 3 Disziplinarreglement). Disziplinarmassnahme ist nach Art. 4 lit. c die Rückstufung von der A-Mitgliedschaft in die B-Mitgliedschaft und die Streichung von der Kassenliste. Diese Massnahme wird gemäss Art. 10 Abs. 1 des Reglements von der Disziplinarkommission verfügt. Gegen Disziplinarentscheide der Disziplinarkommission kann der Betroffene innert 14 Tagen seit Zustellung schriftlich Rekurs beim Vorstand der N. erheben (Art. 13 Abs. 2 Disziplinarreglement).

Entgegen dem soeben Ausgeführten wurde der Disziplinarentscheid vom 27. Juni 2003 nicht von der dafür zuständigen Disziplinarkommission, sondern vom Vorstand getroffen. Dem Vorstand kommen im Bereich „Disziplinarmassnahmen“ zwar auch Kompetenzen zu, zum Beispiel die sofortige Abberufung und Freistellung von Ämtern und der Verbandsausschluss (vgl. Art. 4 lit. d und e i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Disziplinarreglement). Die Rückstufung von der A-Mitgliedschaft in die B-Mitgliedschaft und die Streichung von der Kassenliste gehören aber gerade nicht dazu.

Es stellt sich somit die Frage nach den Konsequenzen des fehlerhaften Beschlusses, d.h. ob dieser nur anfechtbar oder nichtig ist. Die zentrale Bedeutung der fraglichen Unterscheidung liegt darin, dass anfechtbare Beschlüsse nach Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist für den Verein und seine Mitglieder verbindlich sind bzw. der Mangel geheilt ist, während bei nichtigen Beschlüssen dieser Rechtsmangel auch noch später geltend gemacht werden kann (*Michael Riemer*, a.a.O., N 91 zu Art. 75 ZGB).

Diese Unterscheidung ist hier zweifellos von Belang, weil der Kläger den Vorstandsbeschluss vom 27. Juni 2003, wie aus dem Leitschein vom 3. September 2003 hervorgeht, nicht angefochten hat.

Wegen der mit der Nichtigkeit verbundenen Rechtsunsicherheit wird man gemäss *Riemer* (a.a.O., N 92 zu Art. 75 ZGB) bei begründeten Zweifeln in der Abgrenzungsfrage blosse Anfechtbarkeit annehmen. Nichtigkeit ist lediglich beim Vorliegen eines schweren formellen oder inhaltlichen Mangels gegeben. Inhaltlich nichtig ist ein Beschluss zum Beispiel dann, wenn er gegen zwingende Gesetzesbestimmungen oder geschriebene/ungeschriebene Rechtsgrundsätze verstösst resp. neben den Interessen eines oder mehrerer Mitglieder auch öffentliche Interessen resp. solche von Dritten verletzt (*Michael Riemer*, a.a.O., N 113 ff. zu Art. 75 ZGB). Ein

schwerer formeller Mangel liegt zum Beispiel darin, dass entweder gar kein Verein besteht oder gar keine Vereinsversammlung bzw. eine ihrer gesetzlichen oder statutarischen Ersatzformen den Beschluss gefasst hat oder ein Beschluss nach Massgabe von Gesetz oder Statuten gar nicht zustande gekommen ist. In allen drei Fällen liegt von Anfang an gar kein Vereinsbeschluss vor, der nach Art. 75 ZGB angefochten und wieder aufgehoben werden könnte, sondern lediglich ein „Scheinbeschluss“, welcher Schein nur durch Nichtigerklärung beseitigt werden kann (*Michael Riemer*, a.a.O., N 95 zu Art. 75 ZGB). Kein solcher Mangel, dass von Nichtigkeit aus formellen Gründen gesprochen werden müsste, besteht nach *Riemer* (a.a.O., N 112 zu Art. 75 ZGB), wenn die Vereinsversammlung in einer Sache beschliesst, in welcher sie unzuständig ist. Da sie gemäss Gesetz oberstes Vereinsorgan und mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet ist, kann kein derart schwerwiegender Mangel vorliegen, wenn sie sich zu Statutenbestimmungen, welche ihr - zulässigerweise - (blosse) Entscheidungskompetenzen entziehen, in Widerspruch setzt. Die blosse Anfechtbarkeit im Sinne von Art. 75 ZGB, die selbstverständlich gegenüber allen genannten Gesetzes- und Statutenverletzungen gegeben ist, trägt hier allen Interessen genügend Rechnung. Massen sich hingegen andere, der Vereinsversammlung untergeordnete Organe (wie namentlich der Vorstand) Kompetenzen des obersten Organs an, so kann dies, je nach der Bedeutung dieser Kompetenzen, Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses bewirken (*Michael Riemer*, a.a.O., N 112 zu Art. 75 ZGB).

Vorliegend hat der Vorstand sich eine Kompetenz der ihm untergeordneten Disziplinarkommission angemasst (vgl. Art. 5.8 Abs. 2 Statuten). Zu beachten ist aber, dass der Vorstand bezüglich der hier interessierenden Disziplinarmassnahme gegenüber der Disziplinarkommission Rekursinstanz gewesen wäre (Art. 4 lit. c i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 Disziplinarreglement) und dem Kläger so der Rechtsmittelweg beschnitten wurde. In einer vergleichbaren Konstellation hat das Luzerner Obergericht Nichtigkeit des Ausschliessungsbeschlusses einer Vereinsversammlung angenommen, welche vereinsinterne Rechtsmittelinstanz gegenüber dem Vorstand gewesen wäre, den Beschluss des Vorstandes jedoch bestätigt hat, ohne die Ergreifung des Rechtsmittels abzuwarten (Max LU 1971, S. 3 Nr. 1 = SJZ 69 [1973], S. 94 Nr. 62). Und der Cour de

justice de Genève hat am 2. Juni 1936 entschieden, dass die Frist zur Anfechtung eines auf Ausschluss eines Mitglieds gerichteten Beschlusses erst von dem Zeitpunkt an läuft, wo die Massnahme vom zuständigen Vereinsorgan verfügt worden ist (SJZ 33 [1936/37], S. 170 Nr. 115).

Im Vorgehen des Vorstandes, welcher R. in Verletzung der von ihm im Disziplinarreglement selbst bestimmten Kompetenzordnung vom A- zum B-Mitglied zurückstufte und gleichzeitig von der Kassenliste strich, erblickt das Obergericht einen schweren formellen Mangel, der die Nichtigkeit des Beschlusses vom 27. Juni 2003 zur Folge hat. Schwer deshalb, weil der Vorstand die abschliessende Auseinandersetzung der Disziplinarkommission, welche sich in den strittigen Punkten ausführlich mit der Argumentation des Klägers auseinandergesetzt hatte, vereitelte und dem Letzteren den Rechtsmittelweg beschnitt.

In formeller Hinsicht vermag der Beschluss vom 27. Juni 2003 - nur nebenbei bemerkt - auch in anderen Punkten nicht zu überzeugen: Zum einen ist er (lediglich) von der Sekretärin unterzeichnet, welche Personen an der Beschlussfassung beteiligt waren, ist damit nicht ersichtlich. Das bedeutet, dass nicht überprüft werden kann, ob der Beschluss korrekt, d.h. in der richtigen Besetzung, gefasst worden ist. Zum andern wurde dem Kläger nach dem Verweis durch die Disziplinarkommission am 7. Januar 2002 (Anmerkung der Unterzeichneten: recte wohl 7. Januar 2003) durch den Vorstand lediglich der Ausschluss aus der N., nicht aber die Rückstufung vom A- zum B-Mitglied und die Streichung von der Kassenliste angedroht. Im Rahmen eines Vereinsausschlusses ist das betroffene Mitglied vor der Fällung eines Beschlusses anzuhören. Dies gilt auch dann, wenn wie vorliegend die Statuten einen Ausschluss ohne Angabe von Gründen gestatten (*Anton Heini/Urs Scherrer*, a.a.O., N 6 zu Art. 72 ZGB). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann gerichtlich gerügt werden (*Anton Heini/Urs Scherrer*, a.a.O., N 11 zu Art. 72 ZGB). Zwar ging es am 27. Juni 2003 nicht um den offiziellen Ausschluss des Klägers. Von der Wirkung her war die Rückstufung vom A- zum B-Mitglied und die Streichung von der Kassenliste aber ebenso gravierend und nach Meinung des Obergerichtes hätte R. vor Ergreifung dieser schweren Sanktion ebenfalls das rechtliche Gehör gewährt werden müssen. Dies ist offensichtlich nicht geschehen.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass der Beschluss des Vorstandes der N. vom 27. Juni 2003, mit welchem R. vom A- zum B-Mitglied zurückgestuft und von der Kassenliste gestrichen worden war, nichtig ist. Auf Ziff. 2 des klägerischen Rechtsbegehrens kann somit nicht eingetreten werden.

OGer 22.05.2007

3503

Grunddienstbarkeit. Fahrwegrecht. Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit. In casu Beurteilung, ob ein beschränktes oder unbeschränktes Fahrwegrecht vorliegt (Art. 738 ZGB).

Aus den Erwägungen:

Zu klären ist, ob das Fahrwegrecht auf dem zur Liegenschaft Parzelle Nr. 213 von G. hinführenden Fahrsträsschen auf Parzelle Nr. 1175 lediglich mit Fahrzeugen, welche nicht breiter als 1,5 m sind, ausgeübt werden darf.

Die Kläger bringen dazu im Wesentlichen vor, der Bestandteil des Dienstbarkeitsvertrages bildende Plan sei keine unklare Situationsskizze, sondern ein 1999 aktualisierter Grundbuchplan, somit Bestandteil des öffentlichen Glaubens geniessenden Grundbuchs, und die rot gefärbte Wegfläche sei genau 1,5 m breit. Eine Breitenbeschränkung finde im Stichwort nicht Ausdruck. Der Plan bezeichne selbstverständlich nicht nur den Verlauf, sondern auch die Breite des Weges. Dass der Wegverlauf allenfalls nicht genau dem vertraglich vereinbarten entspreche, habe mit der Breite der beanspruchten Bodenfläche nichts zu tun. Im Übrigen komme es sowieso nicht darauf an, was der Rechtsvorgänger der Parteien gewollt habe. Das Grundbuchinspektorat habe die Rechtslage präzis erfasst und dessen Analyse stehe im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung. Ein massgeblicher Entscheid sei ZBGR 66 (1985), Nr. 37. Es wäre sinnvoll, ein Rechtsgutachten beim Eidg. Grundbuchinspektorat einzuholen. Gestützt auf die Ausführungen von Grundbuchbeamtin C. hätte es „beschränktes Fahrwegrecht“ heissen müssen. Dies sei aber falsch. Laut Grundbuchinspektor beziehe sich eine Beschränkung nur immer auf den Inhalt des Rechts und nicht auf

die Fläche. Das Fahrwegrecht bestehe aus einer Luftsäule, es gehe um die Fahrbahnbreite.

Die Beklagten wenden unter anderem ein, schon aus dem Kurzeintrag der Dienstbarkeit im Grundbuch gehe nach grundbuchlichen Gepflogenheiten die Unbeschränktheit des Fahrwegrechtes hervor. Hierauf verweise überzeugend die Grundbuchbeamtin C. Im vorliegenden Fall sei gestützt auf Art. 738 Abs. 1 ZGB der Inhalt der Grunddienstbarkeit derart klar, dass weitere Abklärungen im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB obsolet und sogar unzulässig seien. Die Auffassung der Vorinstanz sei richtig, dass die vorliegende Situationsskizze lediglich Auskunft über den Wegverlauf und nicht die Wegbreite gebe. Es handle sich um eine sogenannte ungemessene Dienstbarkeit. Es werde bestritten, dass der Grundbuchplan im Jahre 1999 aktualisiert worden sein soll. Der von den Klägern eingereichte Katasterplan mit Datum vom 22. September 1999 sei ohnehin nicht aktuell, weil der heutige Wegverlauf wesentlich anders sei. Der Wegverlauf auf dem Plan gehe auf 1918/22 zurück. Es habe eine bergseitige Verschiebung und hangseits der Hausbau stattgefunden. Entgegen der Meinung der Kläger werde mit der beigelegten Situationsskizze praxisgemäss die Breite eines Weges nur dann inhaltlich definiert, wenn dieselbe vermasst sei. Die Ausführungen des Grundbuchinspektors würden auf der irrigen Annahme basieren, dass der Wegverlauf dem aktuellen Zustand entspreche und vom Grundbuchgeometer entsprechend nachgeführt worden sei. Ein Rechtsgutachten werde nicht benötigt, das Gericht könne selbst Recht sprechen. Im Übrigen sei Gegenstand der Klage ein Verbot und nicht die Fahrbahnbreite. Letzteres wäre eine Leistungsklage auf Rückbau auf eine bestimmte Wegbreite.

Um den Inhalt und den Umfang einer Dienstbarkeit zu ermitteln, gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich daraus Rechte und Pflichten deutlich ergeben, ist er für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB), d. h. auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während

längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB, mit Hinweisen auf mehrere Bundesgerichtsentscheide). Ordentlicher „Erwerbsgrund“ im Sinne des Gesetzes ist der Dienstbarkeitsvertrag, welcher vorliegend unbestrittenermassen objektiviert, d.h. nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist. Danach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (Urteil des Bundesgerichts vom 3. August 2006, 5C.27/2006). Sodann kann auf die von der Vorinstanz zutreffend aufgeführten Auslegungsregeln verwiesen werden.

Der entsprechende Eintrag im Grundbuch auf Grundstück Nr. 213 lautet wie folgt: „Recht, Fahrwegrecht zL Nr. 1175, 17.03.1998, Bel. 44“.

Aus dem Eintrag ergibt sich, dass das Strässchen, das zur Liegenschaft der Beklagten G. hinführt, befahren werden darf, ohne Einschränkungen jedwelcher Art, namentlich bezüglich Fahrzeug- oder Fahrwegbreite.

Konsultiert man den Grunddienstbarkeitsvertrag, kommt man zum selben Schluss. Auch im Wortlaut dieses Vertrages finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass der Weg nicht mit mehr als 1,5 m breiten Fahrzeugen befahren werden dürfte bzw. dass der Fahrweg nicht eine Fahrbahnbreite von mehr als 1,5 m aufweisen dürfte. Die Kläger stellen sich nun auf den Standpunkt, eine Beschränkung auf eine Fahrbahnbreite von 1,5 m ergebe sich aus dem integrierender Bestandteil des Grunddienstbarkeitsvertrages bildenden Plan, indem darin die rot gefärbte Wegfläche genau 1,5 m breit sei. Letzteres wird durch die F+P Geoinfo AG bestätigt. Auf Frage der Vorinstanz, ob sich aus diesem Situationsplan eine Beschränkung der Fahrbahnbreite entnehmen lasse, räumt die F+P Geoinfo AG jedoch ein, die Planbeilage des Grunddienstbarkeitsvertrages entspreche nicht mehr dem aktuellen Grundbuchplan. Der Wegverlauf sei im Rahmen der Erstvermessung im Zeitraum von 1918 -1922 aufgenommen und kartiert worden. Bis zum Zeitpunkt der Vertragserrichtung am 17.3.1998 sei keine Aktualisierung durchgeführt worden. Diese Tatsache relativiert die Aussage des kant. Grundbuchinspektors, welcher aus dem Situationsplan eine Beschränkung des Fahrweges auf eine Breite von 1,5 m erblickt.

Indessen fügt dieser an, „anders wäre es, wenn dem Vertrag eine selbstverfertigte, unklare Skizze beigegeben worden wäre“. Vom Vorliegen einer letzteren muss aufgrund der Angaben der F+P Geoinfo AG in der Tat ausgegangen werden, nachdem es sich beim fraglichen Plan mitnichten um einen aktuellen und vermassten Grundbuchplan handelt. Entsprechend lassen sich aus dem Plan weder der heutige Wegverlauf noch die Wegbreite exakt herauslesen.

Inwiefern sich Wegverlauf bzw. Wegbreite durch die im Juni 1999 von der Bauunternehmung M. sowie von der E. AG am strittigen Zufahrtssträsschen verrichteten Arbeiten seit Abschluss des Grunddienstbarkeitsvertrags verändert haben, ist aufgrund des damals wie heute nicht vermassten Fahrwegrechts ebenfalls nicht feststellbar, jedoch für das vorliegende Verfahren irrelevant. Unterbleiben kann daher auch die Einvernahme des von den Klägern als Zeugen beantragten S., welcher zum „eigenmächtiges Einkiesen und Verbreitern des Weges durch G. sowie durch P.“ Aussagen machen soll.

Zudem fehlt ein expliziter Hinweis im Grunddienstbarkeitsvertrag, dass der beiliegende Situationsplan die exakte Breite und den exakten Verlauf des Fahrwegrechtes festlegt, obschon ein derartiger Hinweis in solchen Fällen offensichtlich üblich ist. Bereits schon deshalb, weil der Situationsplan weder vermasst noch aktuell ist, wäre ein solcher Hinweis ohne vorgängige Vermessung aus technischen Gründen gar nicht möglich. In casu wird deshalb lediglich pauschal auf den strittigen Plan verwiesen. Die damals für die Eintragung des Fahrwegrechtes zuständige Grundbuchbeamtin C. führt dazu ebenfalls aus, falls eine Beschränkung gewünscht werde, werde dies im Text festgehalten und im Plan eingezeichnet und vermasst. Beides ist im vorliegenden Fall unterblieben.

Dass ein unbeschränktes Fahrwegrecht bereits vor dessen Eintrag im Grundbuch praktiziert wurde und auch nach dem Eintrag weiterhin gelten sollte, bestätigt P., Initiant des Grunddienstbarkeitsvertrages, indem er ausführte: „Das Fahrwegrecht war schon früher auf der Liegenschaft G. ... es ist nichts anderes, als es schon vorher war. Die Zufahrt sollte geregelt sein“. Und auch bei der grundbuchlichen Eintragung eines Fahrwegrechtes beabsichtigte P. nicht, das Fahrwegrecht auf höchstens 1,5 m breite Fahrzeuge zu beschränken. Seine Absicht war klar, „denjenigen Personen, die dort wohnen, eine normale Zufahrt einzuräumen“. Weiter erklärte Zeuge P., die Breite

des Fahrwegrechtes sei bei der Errichtung der Dienstbarkeit nicht vermessen worden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass bereits der Grundbucheintrag selbst, sodann aber auch der Grunddienstbarkeitsvertrag samt Plan sowie die Motive und Absichten des Errichters der Grunddienstbarkeit klar und unzweideutig belegen, dass für das fragliche Fahrsträsschen weder eine grundbuchliche Beschränkung bezüglich der Breite der zugelassenen Fahrzeuge noch bezüglich der Fahrbahnbreite existiert oder je existiert hat. Darauf durfte die heutige Eigentümerin und Beklagte G. beim Erwerb ihrer Liegenschaft vertrauen. Bei dieser klaren Sach- und Rechtslage erübrigt sich die Einholung eines Rechtsgutachtens beim Eidg. Grundbuchinspektorat.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Begehren der Kläger, es sei den Beklagten zu verbieten, den Fahrweg zur Liegenschaft Nr. 213 mit mehr als 1,5 m breiten Fahrzeugen zu befahren, abzuweisen ist.

OGer 29.05.2007

Auf die von den Klägern gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in Zivilsachen sowie die Verfassungsbeschwerde ist das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 15. Mai 2008 nicht eingetreten (5A_689/2007).

3504

Unlauterer Wettbewerb. Aktivlegitimation (Art. 9 Abs. 1 UWG).

Sachverhalt:

X. ist Erfinder von Systemen zum Sammeln und Verknüpfen von Positionsdaten aus der Satellitenortung und weiteren Daten sowie der Verwendung dafür und einem System zur Verarbeitung von geographischen Positionsdaten und Bildern. Die Patente befanden sich ursprünglich bei der Klägerin. Ob sie danach auf die deutsche X. AG, die im Jahre 2002 umfirmierte in Y. AG, übergegangen sind, ist umstritten. Am 17. Dezember 2004 wurde durch das Amtsgericht H. das Insolvenzverfahren über die Y. AG eröffnet. Der

Insolvenzverwalter hat die Patente im Dezember 2004 an die Z. GmbH mit Sitz in D./D verkauft. Die Gläubigerversammlung stimmte dem Verkauf zu. Die Z. GmbH wiederum veräusserte die Patente im Februar/März 2005 an die Beklagte. Umstritten ist, wer heute Inhaber der Patente ist.

Aus den Erwägungen:

Die Beklagte hat die Klageberechtigung der Klägerin in Abrede gestellt. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

1. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin sei nicht auf dem Markt tätig bzw. tätig gewesen und habe deshalb keine Mitbewerberstellung. Die behauptete Patenteigentümerstellung allein beweise nicht, dass die Klägerin durch die Aussagen der Beklagten in ihrer Marktstellung beeinträchtigt werde. Die von der Klägerin behaupteten Aktivitäten seien bestritten.

2. Die Klägerin hat ausgeführt, sie stelle Systeme zum Sammeln und Verknüpfen von Positionsdaten aus der Satellitenortung her und vertreibe diese. Hiefür kooperiere sie mit anderen Unternehmen und suche Investoren, und zwar nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz. Daher habe sie sowohl ein EP-Patent und ein US-Patent erworben sowie eine PCT-Anmeldung gemacht. Das EP-Patent habe Gültigkeit auch in der Schweiz. Die Beklagte produziere und vertreibe ebenfalls derartige Systeme. Ihr Gesellschaftszweck sei die Forschung, Entwicklung, Herstellung und der Vertrieb von elektronischen Informationsquellen aller Art. Damit stehe die Klägerin in der Schweiz im Wettbewerb mit der Beklagten. Jedenfalls werde sie als Patentinhaberin in ihrem Geschäftsbetrieb und ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt. Sie sei laufend auf der Suche nach Geschäftspartnern und Gelegenheiten, ihre Patente gewinnbringend zu vermarkten. Sie führe auch ständig Gespräche über die Technologielizenzierung. Dabei sei die Inhaberschaft der Patente ganz entscheidend. Da die Klägerin zur Geheimhaltung verpflichtet sei, könne sie die Namen der Interessenten nicht nennen.

3. Die Aktivlegitimation ist die Berechtigung, ein eingeklagtes Recht überhaupt geltend zu machen. Sie bestimmt sich nach dem Recht, das auf den Anspruch aus dem unlauteren Wettbewerb anwendbar ist (*Vischer*, Zürcher Kommentar zum IPRG, N. 22 zu Art. 136), in casu also nach dem schweizerischen UWG.

Nach Art. 9 Abs. 1 UWG ist klageberechtigt, wer durch den unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Für die Aktivlegitimation müssen nach BGE 126 III 241 f. zwei Voraussetzungen erfüllt sein: 1. Beteiligung am wirtschaftlichen Wettbewerb und 2. Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen. Es ist nicht jeder irgendwie wirtschaftlich Betroffene zu einer Klage nach UWG legitimiert (*Pedrazzini/Pedrazzini*, Unlauterer Wettbewerb, Bern 2002, Rz. 16.08). Dies ist nur derjenige, der als Marktteilnehmer selbständig am Wettbewerb teilnimmt, also ein Mitbewerber (*Pedrazzini/Pedrazzini*, a.a.O., Rz. 16.08). Hervorzuheben ist, dass damit nicht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien verlangt wird, d.h. dass sie in Konkurrenz zueinander stehen müssten (*Pedrazzini/Pedrazzini*, a.a.O., Rz. 16.14; SJZ 2004, S. 415 [Kommentar zu einem anderslautenden Urteil des BG Zürich vom 6.12.2002].

Die Klägerin hat selbst ausgeführt, dass eine Aufteilung in eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft vorgenommen worden sei und dass die Klägerin - zunächst - die Rolle der Besitzgesellschaft inne gehabt habe. Diese Aussage wird bestätigt in den Prospekten, wo festgehalten wurde, dass die operative Tätigkeit der Klägerin eingestellt worden sei. Eine reine Besitzgesellschaft in der vorliegenden Form (Aufteilung innerhalb eines Konzerns in eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft) nimmt nicht mehr am Wettbewerb teil. Sie kassiert nur noch allfällige Gebühren ihrer Tochter- bzw. Schwestergesellschaft. Dies ist keine "wirtschaftsrelevante Betätigung ausserhalb der eigenen Sphäre", wie der Wettbewerb auch noch umschrieben wird (*Pedrazzini/Pedrazzini*, a.a.O., Rz. 16.05). In der Replik und auch im Massnahmenverfahren hat die Klägerin nun geltend gemacht, sie stehe wieder im Wettbewerb und zwar im Bereich der Technologielizenzierung. Als Beweis hat die Klägerin lediglich die Aussage von X. als Partei angeboten. Bei ihm handelt es sich um den Vorstand und Geschäftsführer der Klägerin. Mit Blick auf Art. 195 Abs. 3 ZPO wird von einer Parteibefragung abgesehen. Andere Beweise hat die Klägerin nicht angeboten (z.B. die Einreichung von Urkunden oder die Nennung von Zeugen bezüglich Geschäftstätigkeiten oder auch nur schon die Einreichung einer Erfolgsrechnung [ähnliche Fragestellung

in sic! 2003, S. 612!]). Hervorzuheben ist allerdings, dass es nicht erforderlich ist, dass ein kaufmännisches Gewerbe betrieben wird: Es genügt etwa bei einem touristischen Dachverband der Verkauf und die Vermittlung touristischer Angebote (BGE 126 III 243).

Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis, dass sie (wieder) am Markt teilnimmt, nicht erbracht. Mithin fehlt ihr die Aktivlegimitation und die Klage ist abzuweisen.

Anzufügen ist, dass es der Klägerin selbstverständlich offen steht, eine "normale" Unterlassungs- oder ev. Feststellungsklage einzureichen (d.h. ausserhalb des UWG). In einem solchen Verfahren stünde dann die Frage nach der Berechtigten an den Patenten im Mittelpunkt, ohne dass die wirtschaftliche Einbettung (nach UWG) noch zu prüfen wäre. Warum die Klägerin eine Klage nach UWG vorgezogen hat, bleibt im Dunkeln.

KGer, 3. Abt., 23.10.2006

2.2 Strafrecht

3505

Strafzumessung. Bestimmung des milderen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB. In casu Anwendung des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auf vor Inkrafttreten begangene Straftaten.

Aus den Erwägungen:

1.1Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Strafrechtsrevision wurde unter anderem ein neues Sanktionen-System eingeführt. Die vorliegenden Taten wurden zwar vor dessen Inkrafttreten begangen, aber erst nach diesem Datum durch das Kantonsgericht beurteilt. Gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB ist in einem solchen Fall das neue Recht anzuwenden, wenn es das mildere ist. Dazu ist die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht zu beurteilen und sodann durch Vergleich des Ergebnisses festzustellen,

welches für den Täter das mildere ist (*Franz Riklin*, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, in: AJP 12/2006, S. 1473).

Die eigentliche Strafzumessung erfolgt grundsätzlich immer noch nach den gleichen Kriterien: Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen (Art. 63 aStGB, Art. 47 Abs. 1 StGB). Im neuen Art. 47 Abs. 2 StGB werden nun einige der schon bis anhin zu berücksichtigenden Faktoren ausdrücklich erwähnt: so z.B. die Bestimmung des Verschuldens nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Die Regelung in Abs. 1, wonach die „Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters“ in der Strafzumessung einzubeziehen ist, stellt keine Präzisierung des Verschuldensbegriffs dar, sondern einen neu zusätzlich zu berücksichtigenden Umstand (vgl. *Hansjakob/Schmid/Sollberger*, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, Bern/Luzern 2004, Kommentar zu Art. 47 StGB, S. 40, mit Verweis auf die Botschaft [Ziffer 213.2, S. 82]).

1.2Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Angeklagte zu einer angemessenen Freiheitsstrafe zu verurteilen. Strafschärfend sei das Vorliegen mehrerer strafbarer Handlungen gemäss Art. 68 Ziff. 1 aStGB zu werten. Voraussichtlich strafmildernd dürfte das bis zur Gerichtsverhandlung vorliegende Gutachten sich auswirken. Strafmindernd seien das blanke Vorstrafenregister und die an sich vorhandene Einsicht in die deliktsauslösende Krankheit zu berücksichtigen.

Die Verteidigung ist an Schranken der Auffassung, eine Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten für die zugestandenen Delikte sei schon eher am oberen Rahmen. Die gesamte Strafe sei wegen des vorzeitigen Massnahmevollzugs sowieso schon „verbüsst“, daher sei die genaue Höhe nicht mehr besonders erheblich. Zu berücksichtigen sei der lupenreine Strafregisterauszug, der freiwillige Massnahmenvollzug sowie die grundsätzliche Einsicht. Wegen der verminderten Schuldfähigkeit sowie des blossen Versuchs einer Nötigung sei die Strafe zu mildern. Auch sei tätige Reue zu

berücksichtigen. Zudem seien die Zeiten der stationären Behandlung und der Untersuchungshaft an die Strafe anzurechnen. Die Untersuchungshaft habe entgegen der Darstellung in der Überweisungsverfügung schon am 14. November 2005 begonnen. Somit sei deren Dauer zehn Tage.

Bei der Bestimmung der Schwere des Verschuldens, welche das zentrale Kriterium bei der Zumessung der Strafe bildet, hat der Richter die Umstände der Tat (sog. Tatkomponenten) zu beachten. Die Tatkomponenten umfassen das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolgs, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen. Je leichter es für ihn gewesen wäre, das Gesetz zu respektieren, desto schwerer wiegt dessen Missachtung und damit das Verschulden. Danebst sind auch täterbezogene Elemente (sog. Täterkomponenten) zu berücksichtigen, so das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse des Täters, sein Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, allenfalls gezeigte Reue und Einsicht sowie die Strafempfindlichkeit (Urteil des Bundesgerichtes 6S.186/2005 vom 21. September 2005, Erw. 1).

Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist der Tatbestand der schweren Körperverletzung mit einem Strafrahmen von Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren (Art. 122 aStGB) bzw. einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen (Art. 122 StGB).

Die Schwere der vorliegenden Tat ist erheblich, hätte ein Stich in den Bauch doch zu einer Lebensgefahr führen können. Jedoch war bei der Angeklagten keine grosse kriminelle Energie vorhanden. Der Beweggrund für die Tat ist eindeutig Rache. Die Angeklagte ist vorstrafenlos und stand zur Zeit der Tat unter einem grossen seelischen Druck. Seit der Tat hat sie zu keinen weiteren Beanstandungen Anlass gegeben und sich wohl verhalten. Dies führt zusammenfassend zu einem mittleren Verschulden und einer Einsatzstrafe von 18 bis 24 Monaten, hätte die Angeklagte die Tat vollendet.

Nachdem das neue Recht in Art. 47 StGB die Wirkung der Strafe auf das Leben der Täterin zwingend und zusätzlich berücksichtigt haben will (vgl. Erwägung 1.1) und diese hier als hoch einzuschätzen ist, ist nach neuem Recht eine etwas geringere Strafe auszusprechen,

weshalb das neue Recht als das mildere anzuwenden ist (Art. 2 Abs. 2 StGB).

Strafschärfend wirkt sich die Deliktsmehrheit im Sinne von Art. 49 StGB aus. Strafmildernd ist der Versuch nach Art. 22 Abs. 1 aStGB zu berücksichtigen. Hier hängt die Reduktion von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab (BGE 121 IV 54). In casu wurde das Opfer überhaupt nicht verletzt; es wurde lediglich, aber immerhin in Angst und Schrecken versetzt. Somit ist die Strafe erheblich zu reduzieren. Auch die verminderte Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB in leichtem bis mittlerem Grad wirkt sich erheblich strafmildernd aus.

Das erkennende Gericht erachtet eine Sanktion von 6 Monaten als angemessen. In diesem Bereich ist sowohl eine Freiheits- wie auch eine Geldstrafe möglich (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 StGB). Mit Blick auf die oben dargelegten Täterkomponenten sowie unter Berücksichtigung der Stossrichtung der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Geldstrafe vor Freiheitsstrafe) würde es weder als notwendig noch als angemessen erscheinen, eine Freiheitsstrafe auszufällen. Wenn - wie im vorliegenden Fall (nachfolgende Erwägung 2) - eine ambulante Massnahme angeordnet werden muss, ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 63 Abs. 2 StGB der Aufschub einer Geldstrafe indessen nicht möglich; ein Aufschub ist nur bei einer unbedingten Freiheitsstrafe möglich. Dies führt zu einem fast als "klassisch" zu bezeichnenden Widerspruch des neuen StGB: Bestraft man vermeintlich härter mit Freiheitsstrafe, ist das Ergebnis milder (wegen dem Aufschub), bei der vermeintlich weicheren Geldstrafe ist das Ergebnis härter, weil die Geldstrafe nicht aufgeschoben werden kann (bei der Anordnung einer Massnahme kann keine günstige Prognose gestellt werden: vgl. den Wortlaut von Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB) und somit zu bezahlen ist. Damit der Angeklagten der Aufschub der Strafe gewährt werden kann, ist nicht auf eine Geld-, sondern auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen.

Die Untersuchungshaft sowie die 212 Tage vorzeitiger stationärer Massnahmevollzug werden an die Freiheitsstrafe angerechnet (Art. 51 StGB; bezüglich der Anrechenbarkeit des Massnahmenvollzuges: BGE 85 IV 123). Die Dauer der Untersuchungshaft beträgt nicht 10 Tage, wie dies die Verteidigung der Angeklagten geltend macht, sondern nur 8 Tage. Die Angeklagte befand sich vom 15. November 2005 (massgebend ist nicht der Tag der Verhaftung durch die Polizei,

sondern des Entscheides des Verhöramtes über die Anordnung der Untersuchungshaft; vgl. dazu die Art. 105 und 106 StPO), 11.00 Uhr, bis 23. November 2005, 7.15 Uhr, in Untersuchungshaft. Vom 16. bis 22. November sind dies 7 ganze Tage. Am ersten und am letzten Tag der Verhaftung verbrachte die Angeklagte weniger als 24 Stunden in Haft: Es sind ihr deshalb nicht zwei Tage, sondern es ist nur ein Tag anzurechnen (SJZ 81 [1985], S. 375).

2. Die am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Strafrechtsrevision bewirkt auch, dass das neue Recht in Bezug auf Massnahmen anwendbar ist, wenn der Täter vor dem Inkrafttreten der neuen Normen eine Tat begangen hat und das neue Massnahmerecht gleichwertig oder milder ist (*Franz Riklin*, a.a.O., S. 1476). Eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB ist gemäss dessen Abs. 4 grundsätzlich auf fünf Jahre beschränkt. Eine Maximaldauer war in Art. 43 aStGB nicht vorgesehen. Somit ist die neue Regelung für die Angeklagte die mildere und daher sind die Normen des neuen Rechts anwendbar.

Die Staatsanwaltschaft beantragt, für die Angeklagte sei eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB anzuordnen, wobei der vorzeitige Massnahmevollzug an die Dauer der Freiheitsstrafe bzw. des ambulanten Massnahmevollzuges anzurechnen sei. Die Verteidigung schloss sich dem Gutachten an und forderte ebenfalls eine ambulante Massnahme.

Das Gutachten vom 5. April 2007 empfiehlt die Anordnung einer ambulanten strafrechtlichen Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB. Ohne die empfohlene Massnahme sei aus forensisch-psychiatrischer Sicht das Risiko für weitere fremdaggressive Straftaten als erheblich einzustufen. Eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB erscheine geeignet, die Legalprognose hinreichend und anhaltend zu verbessern. Eine stationäre Therapie sei nicht angezeigt. Weiter wird ausgeführt, dass der vorausgehende oder gleichzeitige Vollzug der Freiheitsstrafe die Behandlung verunmöglichen oder ihren Erfolg erheblich in Frage stellen würde. Weisungen oder eine Schutzaufsicht seien nicht zu empfehlen. Bei Scheitern oder Unzweckmässigkeit der ambulanten Behandlung empfiehlt das Gutachten eine Neubeurteilung und allenfalls Umwandlung der Massnahme.

Der gutachterlichen Empfehlung der Anordnung einer ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB kann gefolgt werden. Die Angeklagte leidet an einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom

impulsiven Typus, welche auch zum Tatzeitpunkt bestand und eine Massnahme nach Art. 63 StGB notwendig macht. Eine Dauer der ambulanten Massnahme ist im Urteil nicht festzulegen, da die Vollzugsbehörde über die Fortsetzung oder Aufhebung der ambulanten Massnahme zu entscheiden hat (Art. 63a StGB).

Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 StGB aufgeschoben. Dies wird auch im Gutachten empfohlen, damit der Erfolg der ambulanten Behandlung nicht erheblich gefährdet wird.

KGer, 3. Abt., 23.04.2005

3506

Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand. Teilbedingter Strafvollzug. Kann eine günstige Prognose (resp. das Fehlen einer ungünstigen Prognose) nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung des zu vollziehenden Strafteils gestellt werden, ist es allenfalls sinnvoll, zum Mittel des teilbedingten Strafvollzugs zu greifen (Art. 43 Abs. 1 und 2 StGB).

Aus den Erwägungen:

Zusammenfassend ist J. mit einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen à Fr. 100.-- und einer Busse von Fr. 1'250.-- zu bestrafen. Die Ersatzfreiheitsstrafe beträgt 13 Tage.

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

Einleitend sei festgehalten, dass die Nichtgewährung des bedingten Strafvollzugs durch die Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Umso mehr als es sich beim Angeklagten um einen Dritttäter handelt, bei dem offenbar auch ein rund einmonatiger Strafvollzug und zwei längere Führerausweisentzüge nicht geeignet waren, eine Umkehr in der Einstellung zum Fahren unter Alkoholeinfluss zu bewirken. Gegenüber dem Urteil des Kantonsgerichtes vom 2.

Oktober 2006 ist nun aber den geänderten Bestimmungen des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches Rechnung zu tragen, welche seit dem 1. Januar 2007 gelten.

Im Gegensatz zum alten Recht wird der bedingte Strafvollzug neu in der Regel gewährt, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Es braucht also nicht mehr eine günstige Prognose vorzuliegen, sondern es genügt neu das Fehlen einer ungünstigen Prognose, damit der bedingte Vollzug gewährt werden kann. Dies verbessert die Stellung des Täters ganz wesentlich. Der unbedingte Vollzug der Strafe muss ausdrücklich *notwendig* erscheinen, damit der Täter vor weiterer Delinquenz im Bereiche von Verbrechen oder Vergehen abgehalten wird. Vergleicht man das alte mit dem neuen Recht, könnte man in diesem Punkt von einer Vermutungsumkehr sprechen (*Georges Greiner*, in: Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2006, S. 99).

Aufgrund der Aussagen des Angeklagten - er verneinte vor der Vorinstanz an Schranken, zur Zeit ein Alkoholproblem zu haben - und dem Umstand, dass er mit der Suchtberatung erst rund zwei Monate vor der Hauptverhandlung begonnen hatte, durfte das Kantonsgericht das Vorliegen einer günstigen Prognose ohne Weiteres verneinen. Im heutigen Zeitpunkt präsentieren sich die Bewährungsaussichten indessen in einem etwas anderen Licht: Die Suchtberatungsstelle „perspektive“ bestätigte am 15. Mai 2007, dass J. bis heute alle vereinbarten Termine pünktlich und zuverlässig eingehalten habe und sich bereitwillig auf eine Auseinandersetzung mit seiner Alkoholgeschichte und deren Hintergründe einlasse. Weiter sei er dabei, eine neue Einstellung zum Alkoholkonsum zu entwickeln, wobei er sich bezüglich seines Konsums und der Alkoholfahrten einsichtig zeige. Auch die medizinischen Kontrollen seien alle positiv ausgefallen. Der Angeklagte befinde sich mitten in einem Prozess; die Motivation für eine Veränderung sei spürbar und eine wichtige Voraussetzung für eine konstruktive persönliche Entwicklung. Eine Prognose für das künftige Wohlbefinden sei jedoch generell heikel.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass bei J. wohl positive Veränderungen in seiner Einstellung zum Alkoholkonsum feststellbar sind und auch das Bewusstsein für das mit

seinem bisherigen Verhalten einhergehende Gefahrenpotential gestiegen sein dürfte. Wohin diese grundsätzlich positive Entwicklung führt und ob es dem Angeklagten gelingt, die neu erlernten Verhaltensstrategien im Alltag dauerhaft umzusetzen, wird aber erst die Zukunft weisen. Ob unter diesen Umständen bereits vom Fehlen einer ungünstigen Prognose gesprochen werden kann, ist angesichts der noch unsicheren Entwicklung fraglich. Bei dieser Ausgangslage drängt sich eine teilbedingte Strafe auf. Das Gericht kann den Vollzug einer Geldstrafe nämlich nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 1 und 2 StGB). Gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Revision vom 13. Dezember 2002 steht das Gericht mit dem „sursis partiel“ nicht mehr vor dem Entscheid „alles oder nichts“, sondern erhält einen grösseren Ermessensspielraum und kann die Strafe besser „individualisieren“ (Botschaft, BBl 1999, S. 2052). Es ist nun allenfalls sinnvoll, zum Mittel des teilbedingten Strafvollzugs zu greifen, wenn eine günstige Prognose (resp. das Fehlen einer ungünstigen Prognose; Anm. der Unterzeichneten) nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung des zu vollziehenden Teils gestellt werden kann, namentlich in den Fällen von Art. 42 Abs. 2 StGB bzw. wenn der Täter bereits einmal eine leichte bedingte Strafe erhalten hat (Botschaft, BBl 2005, S. 4708).

Vorliegend haben weder eine kurze unbedingte Gefängnisstrafe noch zwei längere Führerausweisentzüge beim Angeklagten ein Umdenken bezüglich seiner Einstellung zum Alkoholkonsum bewirkt. Die aktuelle positive Entwicklung ist zwar erstellt, aber noch keineswegs gefestigt. Das Obergericht erachtet es deshalb als unerlässlich, einen Teil der festgesetzten Geldstrafe unbedingt auszusprechen. Dabei dürfte die Warnwirkung beim unbedingten Vollzug eines Drittels der Geldstrafe von 300 Tagessätzen à Fr. 100.-- ausreichend sein und der Vollzug der restlichen 200 Tagessätze ist somit aufzuschieben.

Im Umfang von 100 Tagessätzen à Fr. 100.-- ist die Geldstrafe innert der von der Vollzugsbehörde anzusetzenden Frist zu bezahlen (Art. 35 Abs. 1 StGB). Der Vollzug der restlichen Geldstrafe von 200 Tagessätzen ist aufzuschieben.

OGer 19.06.2007

3507

Gefährdung des Lebens. Wer aus dem Fenster einer Dachwohnung mit einer Seriefeuerwaffe, welche eine maximale Schussweite von rund 1500 bis 2500 Meter aufweist, maximal 11 Schüsse abgibt, macht sich nicht der Gefährdung des Lebens schuldig, wenn der Nachweis nicht erbracht wird, dass eine ernstliche Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung des Lebens einer bestimmten Person oder mehrerer bestimmter Personen bestanden hat (Art. 129 StGB).

Aus den Erwägungen:

Die Anklage wirft O. vor, er habe durch seine Schüsse Menschen in unmittelbare Lebensgefahr gebracht. Die Voraussetzungen dieses Tatbestandes seien erfüllt, da sowohl die unmittelbare Lebensgefahr bzw. zumindest der Versuch dazu, als auch der dazu notwendige Eventualvorsatz sowie die Skrupellosigkeit des Angeklagten gegeben seien.

In Bezug auf den Sachverhalt ist erstellt, dass der Angeklagte an einem Donnerstagmorgen um ca. 8.30 Uhr aus einem Fenster Schüsse aus einer Seriefeuerwaffe jugoslawischer Herkunft mit der Bezeichnung "M70" (einer Kopie der russischen AK 47, besser bekannt unter dem Namen "Kalaschnikow"), welche eine maximale Schussweite von rund 1500 m (vgl. www.waffenhq.com/index1280.html.) bis 2500 m (vgl. www.all2know.com/de/wikipedia/a/ ak/ak_47.html.) aufweist, abgab. Die nächsten Wohnhäuser befinden sich in einer Entfernung von ca. 30 - 40 m, und das Dorf O. ist etwa 800 m Luftlinie entfernt. Zugunsten des Angeklagten ist ferner davon auszugehen, dass er höchstens 11 Schüsse abfeuerte. Nicht bekannt ist, wie der Angeklagte das Gewehr beim Abfeuern gehalten hat, d.h. welche Richtung und welchen Neigungswinkel (Elevation) der Lauf hatte. Das gesamte mögliche Zielgebiet, in dem die vom Angeklagten verschossenen Kugeln niedergegangen sein könnten, umfasst somit mehrere Quadratkilometer.

Gemäss Art. 129 StGB wird, wer einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. Art. 129 StGB ist ein konkretes Gefährdungsdelikt, geschütztes Rechtsgut ist das Leben (*Aebersold*,

Basler Kommentar, N 1 zu Art. 129 StGB). Typisch für das konkrete Gefährdungsdelikt ist, dass der Eintritt einer Gefahr das zentrale Tatbestandsmerkmal bildet (*Trechsel/Noll*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2004, S. 79).

1. Objektiver Tatbestand

Art. 129 StGB bestraft die gezielte Gefährdung des Lebens einzelner Personen, d.h. es geht hier um eine Individualgefährdung (*Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, N 1 zu Art. 129 StGB; *Aebersold*, a.a.O., N 7 zu Art. 129 StGB). Der objektive Tatbestand ist einzig durch den Erfolg charakterisiert, welcher in einer konkreten unmittelbaren Gefahr für das Leben, nicht bloss die Gesundheit, besteht (*Aebersold*, a.a.O., N 7 zu Art. 129 StGB; *Trechsel/Noll*, a.a.O., S. 79). Als Gefahr gilt ein Zustand, bei dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Verletzung des Lebens als drohendes Ereignis bevorsteht, wobei im Einzelfall eine ernstliche Wahrscheinlichkeit vorliegen muss. Unmittelbar ist die Gefahr dann, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung des Lebens besteht (*Aebersold*, a.a.O., N 9 und 11 zu Art. 129 StGB; BGE 111 IV 55).

Im vorliegenden Fall scheitert der objektive Tatbestand schon daran, dass die geforderte Individualgefährdung nicht vorliegt. Zwar liegt in der Nähe des Tatortes eine Strassenkreuzung und gegenüber davon sogar ein umzäunter Spielplatz. Auch geschah der Vorfall an einem Wochentag um etwa halb neun Uhr morgens, d.h. zu einer Zeit, in welcher in der Regel viele Personen unterwegs sind. Zudem liegen die nächsten Wohnhäuser nur ca. 30 - 40 m entfernt und damit in Schussdistanz der Seriefeuerwaffe, welche eine Schussweite von ca. 1500 - 2500 m hat. Trotzdem war die für dieses Delikt erforderliche konkrete Lebensgefahr nicht gegeben, hat doch die Anklage mit keinem Wort dargelegt, wessen Leben konkret gefährdet worden war. Es kann nämlich nicht genügen, dass irgendwelche Personen, welche sich zu diesem Zeitpunkt irgendwo im Raum O.-S.-R. aufgehalten haben, abstrakt gefährdet worden sind. Vorliegend haben wir es mit einem Gebiet mit viel Streusiedlungen und Waldflächen zu tun. Zweifellos werden sich irgendwo in diesem definierten Umkreis Personen, z.B. Spaziergänger mit Hunden oder Leute auf dem Weg zur Arbeit, aufgehalten haben. Offen ist aber, ob genau dort, wo der Angeklagte hingeschossen hat, sich Menschen befunden haben. Der

Kriminaltechnische Dienst der Kantonspolizei geht in seinem Bericht davon aus, dass der Angeklagte "ungezielt in die Luft" geschossen habe. Dies lässt insbesondere zwei Schuss-Varianten zu: Wenn er gerade nach oben zielte, hat die wieder herabfallende Kugel lediglich Fallgeschwindigkeit und fällt irgendwann mit dieser Energie zu Boden. Zwar ist auch für diese Fälle durchaus eine Verletzungsgefahr gegeben, jedoch ist eher mit Prellungen oder Hämatomen zu rechnen und nur im absolut ungünstigsten Fall mit ernsthafteren Verletzungen. Eine unmittelbare Lebensgefahr besteht in diesen Fällen demnach nur im Ausnahmefall. Wenn der Angeklagte aber einen Bogenschuss in die Luft abgab, d.h. die Waffe in einem bestimmten Winkel hielt, wäre allenfalls unter gewissen Umständen eine Gefährdung des Lebens denkbar. In diesem Fall müsste ein Gutachter für die Frage beigezogen werden, ob mit dieser Schusswaffe und dieser Munition bei diesem Schusswinkel eine Gefahr im Sinne von Art. 129 StGB bestanden haben könnte. Die Anklage hat zu den möglichen Varianten des Schusswinkels bzw. der Schussabgabe keinerlei Ausführungen gemacht. Insbesondere aber hat sie keinen Nachweis dafür erbracht, dass die ernstliche Wahrscheinlichkeit und die nahe Möglichkeit der Verletzung des Lebens einer bestimmten Person oder mehrerer bestimmter Personen vorgelegen haben könnte. Die von ihr vorgetragene Behauptung, die Anwohnerschaft sei durch diesen Vorfall in Angst und Schrecken versetzt worden, ist zwar nachvollziehbar, genügt aber für die Anwendung von Art. 129 StGB nicht.

In dem in der ZBJV 112 [1976], S. 344 beschriebenen Fall, bei welchem aus 40 - 60 m aus einem Luftgewehr auf Personen geschossen wurde, wurde die unmittelbare Lebensgefährdung mit der Begründung verneint, ein solches Geschoss könne nur dann lebensgefährliche Verletzungen verursachen, wenn eine meist mit Kleidern bedeckte empfindliche Stelle getroffen würde. Dort handelte es sich aber, im Gegensatz zum vorliegenden und den nachfolgend beschriebenen Fällen, „nur“ um ein Luftgewehr. In anderen in der Rechtsprechung beschriebenen Fällen wurde der Täter wegen Gefährdung des Lebens verurteilt; so wie z.B. in jenem Fall, wo nachts von draussen Lärm von Personen wahrgenommen wurde und der Täter im Dunkeln gegen den Garten-Boden geschossen hat (AR GVP 2/1990, Nr. 3165); wo in einer Bar ungezielt in Richtung zweier Personen geschossen wurde (PKG 1971, N 42); wo sich in einem

Handgemenge irgendwie ein Schuss löste (BGE 111 IV 51 f.); wo in Anwesenheit irgendwelcher Personen in einer Unterführung in die Luft geschossen wird (vgl. Beispiele bei *Aebersold,* a.a.O., N 20 ff. zu Art. 129 StGB) oder wo ein Täter Schüsse auf eine geschlossene hölzerne Türe abgab und wusste, dass sich hinter der Türe Menschen befanden (RS 1986, Nr. 154). Diese Fälle sind deshalb nicht mit dem vorliegenden vergleichbar, weil in casu keine konkreten Opfer im Bereich des Zielgebietes genannt werden konnten. Dies ist nicht weiter erstaunlich, weil eben das konkrete Zielgebiet unbekannt gewesen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Anklage den Nachweis dafür, dass eine konkrete unmittelbare Gefahr für das Leben einzelner Personen bestanden hat, nicht erbringen konnte. Möglich wäre aber immerhin, dass eine versuchte Lebensgefährdung vorliegt, weshalb nachfolgend der subjektive Tatbestand zu prüfen ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Die Tat muss vorsätzlich und skrupellos begangen worden sein. Der Täter muss sich bewusst sein, durch sein Verhalten eine unmittelbare Lebensgefahr herbeizuführen. Rechnet er mit dem Eintreten des Erfolgs, liegt ein Tötungsvorsatz vor (*Aebersold*, a.a.O., N 26 und 27 zur Art. 129 StGB). Nach herrschender Lehre genügt Eventualvorsatz nicht (*Aebersold*, a.a.O., N 29 zu Art. 129 StGB mit Hinweisen).

Vorliegend ist der erforderliche direkte Gefährdungsvorsatz nicht nachgewiesen. Vielmehr ergibt sich aus den Angaben des Angeklagten, welche nicht widerlegt worden sind, dass er an jenem Morgen ohne äusseren Anlass zur Waffe gegriffen habe. Er habe dann in die Luft gezielt, um niemanden zu gefährden. Diese Aussage des Angeklagten wirkt glaubwürdig, war er doch ziemlich angetrunken, sah sich keiner Bedrohungssituation gegenüber und besass erst seit kurzem diese Waffe. Allenfalls könnte ihm vorgeworfen werden, er habe allfällige Schäden in Kauf genommen. Diese Argumentationslinie führt jedoch ins Leere, weil wie bereits erwähnt, Eventualvorsatz für die Bejahung des subjektiven Tatbestandes nicht genügt.

Mit dem Tatbestandselement Skrupellosigkeit ist ein qualifizierter Grad der Vorwerfbarkeit, eine besondere Hemmungs- und Rücksichtslosigkeit des Täters in der Situation gefragt, wobei in der Lehre verschieden hohe Anforderungen an dieses Merkmal gestellt

werden (*Aebersold*, a.a.O., N 33 f. zu Art. 129 StGB; *Trechsel*, a.a.O., N 5 zu Art. 129 StGB). Die Anklage behauptet in diesem Zusammenhang, allein die Schussabgabe aus einem offenen Fenster in eine von Menschen bewohnte und belebte Umgebung sei skrupellos. Dieser Ansicht kann sich das Gericht nicht anschliessen. Beim subjektiven Tatbestand, welcher Bestandteil der Sachverhaltsabklärung ist, geht es um einen inneren Vorgang, auf den anhand der eingehenden Würdigung des äusseren Verhaltens des Täters sowie allenfalls weiterer Umstände geschlossen werden kann (ZR 97 [1998], Nr. 53). Zum äusseren Verhalten des Angeklagten ist bekannt, dass er betrunken war, wobei das Mass seiner Angetrunkenheit nicht genau feststeht, und dass er die Schüsse in die Luft abfeuerte. Ob er tatsächlich, wie von ihm behauptet, bewusst in die Luft geschossen hat, kann nicht überprüft werden, jedoch muss zu seinen Gunsten von dieser Version ausgegangen werden. Unter den vorliegenden Umständen war die Schussabgabe in die Luft die Beste aller möglichen Varianten und dem Angeklagten kann daher keine besondere Hemmungs- und Rücksichtslosigkeit vorgeworfen werden. Würde man dagegen der Argumentation der Anklage folgen, würde sich z.B. in all jenen Fällen, wo Jäger in einem auch von Menschen frequentierten Wald einen Schuss abfeuern und dieser Schuss dann fehlgeht, ebenfalls die Frage der Skrupellosigkeit stellen.

Zusammenfassend ist erstellt, dass weder der objektive noch der subjektive Tatbestand gegeben sind, weshalb der Angeklagte vom Vorwurf der Gefährdung des Lebens freizusprechen ist.

KGer 01.05.2006

3508

Gewerbsmässiger Betrug. Opfermitverantwortung. Zumutbare Limite für Bonitätsprüfung (Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB).

Sachverhalt:

Von November 2001 bis Dezember 2002 bestellte die Angeklagte bei 70 Geschäften Waren per Internet. Die Rechnungen wurden nicht bezahlt; die Angeklagte war zahlungsunfähig. Zunächst bestellte sie

zumeist unter dem Namen ihres Ehemannes mit seiner E-Mail-Adresse und liess sich die Waren an den gemeinsamen Wohnsitz in H. liefern. Später bestellte sie mit eigener E-Mail-Adresse unter dem Namen ihrer Tochter. Diese Waren liess sie an den Wohnort ihrer Tochter in B. liefern.

Aus den Erwägungen:

Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbsmässig, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen bestraft (Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB).

Die Angeklagte lässt ausführen, zu beurteilen seien insbesondere die Arglist, die Opfermitverantwortung sowie die Tatsache des fehlenden Vertrauensverhältnisses. Das Verhalten der Angeklagten sei nicht lobenswert. Hinsichtlich der Triage der Vorinstanz, bei einer Bestellsumme bis Fr. 1'000.00 sei den Lieferfirmen eine Bonitätsprüfung nicht zumutbar, habe sich die Vorinstanz an telefonischen Auskünften orientiert. Das Untersuchungsamt St. Gallen sei von einer Summe von Fr. 500.00 bis Fr. 700.00 ausgegangen, dagegen das Kreisgericht St. Gallen von Fr. 1'000.00. Dies sei eine Abweichung von 100 %. Der Inhalt des Telefons mit dem Präsidenten des Kreisgerichtes, Dr. P. Hold, sei nicht bekannt. Das Bundesgericht sei in einem Urteil vom 29. August 2005 von „wenigen hundert Franken“ ausgegangen. Fr. 1'000.00 seien erheblich mehr. Die Grenze von Fr. 1'000.00 sei nicht nachvollziehbar und willkürlich. Bei einfachen falschen Angaben könne gestützt auf BGE 126 IV 171 Erw. 2a ein Mindestmass an Vorsicht erwartet werden. Zu fragen sei dabei, ob das Opfer speziell schutzbedürftig sei oder ob es besondere Fachkenntnisse habe. Bei den hier zu beurteilenden Vorkommnissen handle es sich um Kaufgeschäfte im Sinne von Art. 184 ff. OR, bei welchen die Leistungen Zug um Zug erfolgen würden. Bei Verkäufen über das Internet, wie dies in casu der Fall sei, würden sich Käufer und Verkäufer gar nie begegnen. Das Risiko sei daher hoch. Der Verkäufer könne aber Bonitätsprüfungen machen. Diese seien

einfach, schnell und billig beim Betreibungsamt am Wohnsitz des Bestellers einholbar. Beispielsweise erfolge die Auskunft beim Betreibungsamt H. und auch beim Betreibungsamt B.l gleichentags per Post oder Fax gegen Erhalt des Ausdrucks der Internetbestellung als Interessennachweis. Man könne auch ca. 2 Stunden nach Faxeingang auf dem Betreibungsamt telefonisch nachfragen. Die telefonische Auskunft koste beim Betreibungsamt H. Fr. 9.00, die schriftliche Fr. 17.00. Diesen Ablauf könne man auch automatisieren. Kreditverkäufe seien immer ein Risiko. Möglichkeiten, sich zu schützen, seien aber vorhanden. Verkäufer würden daher keinen Schutz durch das Gemeinwesen verdienen. Versandfirmen als professionelle Verkäufer seien auch keine geschäftsunerfahrenen Opfer. Es bestehe kein Vertrauensverhältnis zwischen den Opfern und der Angeklagten. In einigen wenigen Fällen sei die erste Bestellung telefonisch im April und Mai 2002 erfolgt auf den Namen ihrer Tochter. Der Betreibungsauszug der Tochter sei damals noch blank gewesen.

Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass bei der Frage der Arglist auch immer die Opfermitverantwortung zu prüfen sei. Arglist scheide lediglich aus, wenn das Opfer die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachte. In einer differenzierten Abwägung kam dann das Kantonsgericht zum Schluss, dass die Festsetzung der Grenze der den Lieferanten zumutbaren Nachforschung bei Bestellungen im Wert von über Fr. 1'000.00 sinnvoll sei. Dies gelte auch in jenen Fällen, wo andere Besteller vorgeschoben worden seien. Damit qualifizierte die Vorinstanz Bestellungen unter Fr. 1'000.00 als arglistig, weil eine Bonitätsprüfung in diesem Bereich als handelsunüblich anzusehen sei.

Das Obergericht teilt die Einschätzung der Vorinstanz bezüglich Festsetzung der Grenze bei Fr. 1'000.00, ab welcher der Verkäuferin Nachforschungen über die Zahlungsfähigkeit des Bestellers zugemutet werden können. Zwar erscheint eine Bestellsumme in dieser Höhe auf den ersten Blick tatsächlich als relativ hoch. Trotzdem kann den Überlegungen des amtlichen Verteidigers bezüglich Nachforschungsobliegenheiten der Lieferfirmen nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass ein Betreibungsregisterauszug lediglich zwischen Fr. 9.00 und Fr. 17.00 kostet. Aber für dessen Einholung wird eine Person benötigt, welche den Brief/Fax an das Betreibungsamt verfasst, diesen zusammen mit dem

Interessennachweis verschickt/faxt und danach kontrolliert, ob die Antwort eingegangen ist. Der Zeitaufwand für diese Arbeiten dürfte trotz Standardbrief realistischerweise mit mindestens einer viertel- bis einer halben Stunde veranschlagt werden. Es braucht zudem eine entsprechende Infrastruktur (PC, Fax etc.). Berücksichtigt man diesen Aufwand, müsste eine solche Bonitätsprüfung effektiv mit rund Fr. 100.00 veranschlagt werden. Bei einer Bestellsumme von Fr. 1'000.00 wären das immerhin 10 %. Das Obergericht ist deshalb der Ansicht, dass in den meisten Kaufgeschäften die Marge nicht derart hoch ist, dass „flächendeckend" Betreibungsregisterauszüge eingeholt werden könnten. Gestützt auf diese Überlegungen rechtfertigt es sich, in Anlehnung an das vorinstanzliche Urteil die Grenze, ab welcher eine Bonitätsprüfung vom Verkäufer verlangt werden kann, bei Fr. 1'000.00 anzusetzen.

OGer 25.09.2007

3509

Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht. Pflegevater (Art. 219 StGB). Verhältnis zu den Delikten gegen Leib und Leben.

Sachverhalt:

Seit etwa Mitte der Neunzigerjahre nahm das Ehepaar X., welches vier eigene Kinder hat, immer wieder Pflegekinder in Dauer- oder Tagespflege in ihren Haushalt auf.

Die Geschädigte S. lebte seit dem 1. September 1999, d.h. seit ihrem ersten Lebensjahr, im Rahmen eines Dauerpflegeverhältnisses beim Ehepaar X. Erste Hinweise auf eine mögliche Gefährdung von S. erhielten die Sozialen Dienste Y. im Oktober 2000. Die damals eingeleiteten Abklärungen verliefen ergebnislos. Im Dezember 2003 erhielten die Sozialen Dienste Y. einen anonymen Hinweis, der zu weiteren Abklärungen im Umfeld der Geschädigten führte. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse wurde eine sofortige Umplatzierung von S. vorgenommen und dem Ehepaar X. die Pflegekinderbewilligung entzogen sowie untersagt, vorläufig Tagespflegekinder aufzunehmen. Seit dem 19. Mai 2004 lebt S.,

nachdem sie zunächst in einer SOS-Pflegefamilie untergebracht worden war, in einer neuen Pflegefamilie.

Aus den Erwägungen:

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten weiter vor, den Tatbestand der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflichten erfüllt zu haben.

Gemäss Art. 219 StGB wird, wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer unmündigen Person verletzt oder vernachlässigt und sie dadurch in ihrer körperlichen oder seelischen Entwicklung gefährdet, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Bei fahrlässiger Begehung kann statt auf Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf Busse erkannt werden.

Der Angeklagte hatte als Pflegevater gegenüber der Geschädigten S. zweifelsohne eine Verantwortung für ihre körperliche, geistige und psychische Entwicklung (Urteil des Bundesgerichtes 6S.339/2003 vom 12. November 2003). Indem er S. misshandelte, verletzte er seine ihm obliegenden Fürsorge- oder Erziehungspflichten. Die Misshandlungen der Geschädigten begannen, als sie etwa 1 ½ Jahre alt war und dauerten bis zum Zeitpunkt, an welchem S. notfallmässig umplatziert werden musste, an. Angesichts der Tatsache, dass die Geschädigte S. bereits im frühen Kleinkindalter Misshandlungen erleiden musste und aufgrund der Berichte der Heilpädagogin sowie der SOS-Pflegemutter bzw. jetzigen Pflegemutter ist davon auszugehen, dass eine konkrete Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung von S. eingetreten ist. Zwar kann es sein, dass der Angeklagte im Vergleich zu seiner Ehefrau zu dieser Gefährdung einen weniger grossen Beitrag geleistet hat, weil er zeitlich weniger präsent war, als Pflegevater nicht die gleiche Bezugsperson darstellte und weniger Misshandlungen beging. Trotzdem misshandelte er, indem er über Jahre hinweg S. wiederholt schlug, ihr Klapse und Tritte ausgeteilt hat und sie an den Ohren zog, die Geschädigte vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich in einer Form und in einem Ausmass, welche schon für sich allein eine Beeinträchtigung der Entwicklung von S. als wahrscheinlich erscheinen lässt (ZVW 2004, S. 135; RBOG 2003, S. 145 f.). Der Angeklagte hat sich demnach der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht schuldig gemacht.

Es stellt sich die Frage, wie sich der Tatbestand von Art. 219 StGB zu den Delikten gegen Leib und Leben verhält. Diesbezüglich existieren unterschiedliche Meinungen (*Eckert*, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 219 StGB; *Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, N. 6 zu Art. 219 StGB). Gemeinsam ist diesen, dass es der Bestimmung von Art. 219 StGB an Präzision mangelt und dieser Tatbestand auf schwerwiegende, krasse Fälle beschränkt werden muss (*Eckert*, a.a.O., N 1 zu Art. 219 StGB; *Trechsel*, a.a.O., N 7 zu Art. 219 StGB; ZVW 2004, S. 135; RBOG 2003, S. 145 f.). Das Gericht folgt der Ansicht (*Eckert*, a.a.O., N 13 zu Art. 219 StGB mit Hinweisen), dass Art. 219 StGB weitgehend dieselben Rechtsgüter wie die Delikte gegen Leib und Leben, nämlich die körperliche oder geistige Integrität der umündigen Person, schützt. Angesichts des Ausmasses der Verletzung der körperlichen oder geistigen Integrität, welche vorliegen muss, damit der Tatbestand von Art. 219 StGB erfüllt ist, vertritt das Gericht die Ansicht, dass Art. 219 StGB den Art. 126 StGB konsumiert (*Trechsel*, a.a.O., N 6 zu Art. 219 StGB). Nicht zuletzt, da der Tatbestand Tätlichkeit im Gegensatz zu jenem der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht, welcher als Vergehen ausgestaltet ist, lediglich eine Übertretung ist (Art. 126 und Art. 103 StGB; Art. 219 und Art. 10 StGB).

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Grundsatzfrage, ob leichte körperliche Züchtigung von Kindern erlaubt ist, zumindest vom Bundesgericht bisher offen gelassen wurde (Entscheid 6S.361/2002 des Bundesgerichts vom 5. Juni 2003). Klar ist gemäss dem Bundesgericht, dass eine „auf körperlicher Gewalt beruhende Erziehung“ nicht statthaft ist (BGE 129 IV 223). Eine solche liegt im vorliegenden Fall aufgrund der Intensität sowie der Dauer der von dem Angeklagten begangenen Handlungen vor. Ein allenfalls bestehendes Züchtigungsrecht kommt daher in casu als Rechtfertigungsgrund nicht zur Anwendung.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Angeklagte schuldig ist der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht im Sinne von Art. 219 StGB.

KGer, 3. Abt., 15.01.2007

3510

Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Waffeneigenschaft eines Baseballschlägers unter dem geltenden Recht verneint. Ausblick auf die laufende Revision des Waffengesetzes (Art. 4 Abs. 1 lit. d Waffengesetz; SR 514.54).

Sachverhalt:

Der Angeklagte führte den Baseballschläger auf dem Rücksitz seines Fahrzeugs mit und gab an, dass er gelegentlich mit Kollegen Baseball spiele. Die Anklage zweifelt offenbar daran, insbesondere auch, weil weder im Auto noch bei den Hausdurchsuchungen ein Baseballhandschuh gefunden wurde. An Schranken führte der Angeklagte dazu aus, dass er seit ca. zwei Jahren sporadisch mit ein paar Freunden Baseball spiele. Sie seien nicht in einem Verein und bräuchten auch keine speziellen Einrichtungen. Sie spielten auf Kiesplätzen oder Wiesen bzw. Fussballplätzen. Sie bräuchten dazu lediglich Schläger und Ball. Man bilde keine Mannschaften, sondern übe einfach das Schlagen des Balls. Zum Schlagen benötige man auch keinen Handschuh. An jenem 21. Oktober 2005 habe er ursprünglich nach Thal fahren wollen, um Baseball zu spielen.

Ob der Angeklagte tatsächlich zum Baseballspielen fahren wollte und den Schläger zu diesem Zweck im Auto mit sich führte, kann aber letztlich offen bleiben: Dem Angeklagten wurde nicht nachgewiesen, mit dem Baseballschläger eine strafbare Handlung begangen zu haben. Ob es sich bei einem Baseballschläger um eine Waffe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (WG; SR 514.54) handelt, deren Mitführen nach Art. 33 Abs. 1 lit. a WG strafbar ist, ist Rechtsfrage. Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen werden, ist es - zumindest unter dem geltenden Waffengesetz - unmassgeblich, was der Angeklagte an jenem Tag mit seinem Baseballschläger machen wollte. Es kommt also nicht darauf an, ob seine diesbezüglichen Aussagen widersprüchlich oder wenig plausibel sind.

Aus den Erwägungen:

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass der Waffenbegriff des Waffengesetzes von dem des Strafgesetzbuches unabhängig ist

(*Weissenberger*, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, AJP 2000, S. 156).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d WG gelten Geräte, die dazu bestimmt sind, Menschen zu verletzen, namentlich Schlagringe, Schlagruten, Wurfsterne, Wurfmesser und Hochleistungsschleudern, als Waffen. Strafbar ist nach Art. 33 Abs. 1 lit. a WG das Tragen bzw. Mitführen von Waffen ohne Berechtigung und ohne dass ein erlaubtes Mitführen im Sinne von Art. 28 WG vorliegt. Zentrales Merkmal des objektiven Tatbestandes von Art. 33 WG ist die Waffeneigenschaft eines bestimmten Gegenstands.

Kernfrage ist somit vorliegend, ob es sich bei einem Baseballschläger um eine Waffe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. d WG handelt. Danach gehören zu den Waffen auch Geräte, die dazu bestimmt sind, Menschen zu verletzen. Beispielhaft werden Schlagringe, Schlagruten, Schlagstöcke, Wurfsterne usw. aufgezählt; die Aufzählung ist nicht abschliessend. Es kommt nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die Bestimmung des Gegenstands an, und es ist zu fragen, wann ein Gegenstand dazu bestimmt ist, Menschen zu verletzen. Es ist folglich nicht allein darauf abzustellen, ob ein Gegenstand dazu geeignet ist, Menschen zu verletzen.

Bei der Frage nach der Zweckbestimmung eines Gegenstands ist zunächst zu entscheiden, ob es dabei allein auf objektive Gesichtspunkte ankommt, oder ob ein subjektiver, d.h. durch den Träger des Gegenstands bestimmter Verwendungszweck, massgeblich ist. Wie das Bundesgericht in BGE 129 IV 348, E. 2.3 festhält, lässt Art. 4 Abs. 1 lit. d WG offen, ob die Zweckbestimmung der Geräte rein objektiv zu verstehen ist. Auch die Botschaft schweigt sich dazu und zur Tragweite der Norm überhaupt aus (BBl 1996 I 1058 f.). Die Lehre geht übereinstimmend von einem objektiven Verständnis der Zweckbestimmung aus (*Weissenberger*, a.a.O., S. 153-171; *Wüst*, Schweizer Waffenrecht, Zürich 1999, S. 44 f. und 58 f.). Das Abstellen auf die nach dem Erscheinungsbild und der allgemeinen Verkehrsanschauung objektiv erkennbare Zweckbestimmung der Gegenstände entspricht angesichts der im Gesetz beispielhaft aufgezählten Waffenarten, deren Beschaffenheit keine Zweifel an ihrer objektiven Zweckbestimmung lässt, eindeutig den Intentionen des Gesetzgebers. Damit stellt das Gesetz auf das einzige verhältnismässig verlässliche Abgrenzungskriterium ab. Subjektive Momente sind somit unbeachtlich. Wollte man anders

entscheiden, würde etwa der Wille einer Person, einen Alltagsgegenstand gegebenenfalls zweckwidrig zur Verletzung von Menschen einzusetzen, den Gegenstand zu einer Waffe im Sinne des Waffengesetzes werden lassen. Damit könnte bei entsprechendem Willen des Betroffenen fast jeder Gegenstand von Art. 4 Abs. 1 lit. d WG erfasst werden. Das würde aber dem Tatbestand jegliche Konturen nehmen und insbesondere gegen das Bestimmtheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen. Abzustellen ist somit auf die objektiv erkennbare Zweckbestimmung von Gegenständen. Dabei brauchen diese nicht ausschliesslich dazu bestimmt zu sein, Menschen zu verletzen. Vielmehr genügt es, wenn dies wesensgemäss und nach objektiven Kriterien betrachtet, ihrer zentralen oder zumindest überwiegenden Zweckbestimmung entspricht (BGE 129 IV 348, E. 2.3; *Weissenberger*, a.a.O., S. 158; *Fiolka*, Bemerkungen zu BGE 129 IV 348, Schlüsselanhänger als Waffe, AJP 2004, S. 1017, Ziff. 2.1: „Feststellen kann man dazu nun immerhin, dass die Bestimmung ab initio, also bereits ab der Herstellung des Geräts, bestehen muss. Es ist sehr zu begrüssen, dass das Bundesgericht dies festgehalten hat und nicht etwa analog zur „Zufallsurkunde“ auch noch die „Zufallswaffe“ erfunden hat“).

Es kommt bei der Beurteilung der Zweckbestimmung somit auf folgende Kriterien an: Ein im Beispielkatalog von Art. 4 Abs. 1 lit. d WG nicht genannter Gegenstand ist dazu bestimmt, Menschen zu verletzen, wenn

- der Gegenstand dazu geeignet ist, Menschen zu verletzen und
- dies die einzig mögliche Verwendungsart des Gegenstands ist, oder
- der Gegenstand spezifische Merkmale aufweist, welche alternativen Verwendungsarten (insbesondere der deklarierten Hauptverwendungsart) in keiner Weise förderlich sein können (*Fiolka*, a.a.O., Ziff. 2.5).

Zweifellos ist der Baseballschläger des Angeklagten dazu geeignet, Menschen zu verletzen, wenn man ihn als Schlagstock einsetzt. Zweckbestimmung ist aber das Baseballspielen. Der Angeklagte änderte den Schläger auch nicht in irgendeiner Form ab, welche die bestimmungsgemässe Nutzung als Baseballschläger ausschliessen oder auch nur beeinträchtigen würde. Es kann somit an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Baseballschläger seiner Bestimmung nach ein Sportgerät ist und damit nicht unter den

Waffenbegriff von Art. 4 Abs. 1 lit. d WG fällt. Somit kann das Mitführen eines Baseballschlägers auch nicht als verbotenes Waffentragen qualifiziert werden.

Für diese Auslegung spricht zudem, dass seit Jahren eine Revision des Waffengesetzes im Gang ist, deren erklärter Zweck es ist, Lücken im bestehenden Waffenrecht zu schliessen. Neu soll das „missbräuchliche Tragen gefährlicher Gegenstände“ verboten sein. Art. 4 Abs. 6 Entwurf-WG umschreibt die gefährlichen Gegenstände als Werkzeuge, Haushalts- und Sportgeräte, die sich zur Bedrohung oder Verletzung von Menschen eignen. Diese Dinge darf man zwar mitführen oder tragen, man muss aber allenfalls Rechenschaft darüber abgeben, wofür man sie gerade braucht. Gesetzlich ist bei diesen „gefährlichen Gegenständen“ eine Umkehr der Beweislast vorgesehen. Gelingt es nicht, das Mittragen plausibel zu machen, liegt missbräuchliches Tragen vor. Dass jetzt eine explizite gesetzliche Regelung hinsichtlich gefährlicher Gegenstände erfolgt, zu denen ausdrücklich auch Baseballschläger, Golfschläger, Motorradketten, Äxte, Pflastersteine und Küchenmesser gehören, lässt darauf schliessen, dass im derzeit noch geltenden Waffengesetz bezüglich dieser Dinge eine ausreichende Grundlage fehlte, solche Gegenstände also derzeit noch nicht vom Waffengesetz erfasst sind. Im Zusammenhang mit der Revision der Waffenverordnung wurde seinerzeit darauf hingewiesen, dass eine bundesrechtliche Grundlage zur Einziehung von gefährlichen Gegenständen wie etwa Baseballschlägern, die von Gewalttätern als Waffen missbraucht werden, fehle (Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition [Waffengesetz, WG] vom 11. Januar 2006, BBl 2006 2717, Ziff. 1.2). Die Einführung des Verbots des missbräuchlichen Tragens gefährlicher Gegenstände entspringt einem breit abgestützten Bedürfnis der Polizei. Gewaltbereiten Personen ist erfahrungsgemäss oft bekannt, welche Gegenstände vom Waffenrecht erfasst werden. In der Folge wird häufig auf Gegenstände ausgewichen, die nicht als Waffen im Sinne des Waffengesetzes gelten. Immerhin sind Einziehungen solcher Gegenstände gestützt auf kantonales Polizeirecht (z.B. Generalklausel zur Gefahrenabwehr) möglich, sofern ein Zusammenhang mit der Begehung einer strafbaren Handlung erstellt werden kann. Im neuen Waffenrecht, das voraussichtlich 2008 in Kraft treten wird, werden gefährliche Gegenstände neu bzw. erstmalig

erfasst. Sie gelten dann immer noch nicht als Waffen, aber deren nicht bestimmungsgemässe, also missbräuchliche Verwendung kann einfacher nachgewiesen werden. E contrario muss das im Fall des Angeklagten heissen: Baseballschläger fallen heute noch nicht unter das Waffengesetz und er hat nicht plausibel zu machen, wohin er seinen Baseballschläger gerade mitnimmt. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob seine Aussagen widersprüchlich erscheinen oder nicht.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der objektive Tatbestand des verbotenen Tragens von Waffen mangels Waffeneigenschaft eines Baseballschlägers nicht erfüllt ist. Ausführungen zum subjektiven Tatbestand erübrigen sich daher. Der Angeklagte ist vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Waffengesetz durch Mitführen eines Baseballschlägers freizusprechen.

KGer 27.11.2006

2.3 Zivilprozess

3511

Feststellungsinteresse bei Feststellungsklage. Grunddienstbarkeit. Unterschiedliche Rechtsauffassungen zwischen dem aus der Dienstbarkeit Verpflichteten und dem aus der Dienstbarkeit Berechtigten bezüglich Inhalt und/oder Umfang einer Dienstbarkeit genügen für die Bejahung eines Feststellungsinteresses (Art. 110 lit. c ZPO).

Sachverhalt:

Im Jahr 1949 verkaufte der Kläger dem Vater des Beklagten die beiden Parzellen Nr. 946 und 954 mit Ausnahme der Vereinshütte Assekuranz Nr. 818 auf der ab Parzelle Nr. 946 abgetrennten heutigen Parzelle Nr. 1185. Im Kaufvertrag betreffend die Liegenschaft Grundbuch G. Nr. 946/954 vom 30. November 1949

bzw. 8. Februar 1950 wurde u.a. folgende Grunddienstbarkeit neu begründet:

„Der Eigentümer der Liegenschaft Grundbuch G. No. 946 räumt dem X-Verein St. Gallen als Eigentümer der Liegenschaft Grundbuch G. No. 1185 das Recht ein, die Wiese östlich des Ferienhauses Assek. No. 818 von dieser Eigentumsgrenze an und südlich des Stalles Assek. No. 1012 in Parzelle No. 946 auf einer Fläche von rund 350m^2 als Spielwiese zu benützen." Weiter wird im Kaufvertrag ausgeführt: „Auf Grundbuchblatt No. 946 ist unter lit. c ein unbedingtes Fahrrecht zugunsten der Liegenschaft Grundbuch G. No. 1185 eingetragen."

Der X-Verein St. Gallen macht in seiner Klage im Wesentlichen geltend, der Beklagte verhindere mit verschiedenen Massnahmen, dass der Kläger das Zufahrtsrecht zur Vereinshütte und das Nutzungsrecht an der Spielwiese wahrnehmen könne. Zudem habe er durch die Installierung eines Silos und die Ausweitung des Kiesplatzes vor dem Stall die Fläche der Spielwiese verkleinert.

Aus den Erwägungen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens bundesrechtlicher Ansprüche zuzulassen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die Ungewissheit durch die Feststellung über Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses beseitigt werden kann, und die Fortdauer der Ungewissheit dem Kläger nicht zumutbar ist, weil er dadurch in seiner Bewegungsfreiheit behindert wird. Das Interesse fehlt in der Regel, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung steht (BGE 123 III 414, E. 7b; 120 II 20, E. 3a; 114 II 253, E. 2a).

1. Bestehen eines uneingeschränkten Fahrrechts über die Parzellen Nr. 1460 und Nr. 946 auf die Parzelle Nr. 1185

Der Kläger führt hierzu aus, die Zufahrt mit Autos zur Parzelle Nr. 1185 sei während Jahren unbestritten gewesen und habe ungehindert ausgeübt werden können. Der Beklagte stelle sich nun auf den Standpunkt, ein Zufahrtsrecht zur Vereinshütte über das Grundstück Nr. 946 bestehe generell nicht und die Zufahrt ende beim Kiesplatz des Beklagten. Er errichte daher laufend neue Absperrungen. Vorerst habe die Absperrung aus einem Holzzaun und demontierbarem Draht bestanden. Jetzt sei eine feste Kette mit Schloss angebracht, welche

eine ungehinderte Zufahrt verunmögliche. Die Auffassung des Beklagten widerspreche den zu Gunsten des Klägers eingetragenen Dienstbarkeiten, welche ausdrücklich die Ausübung des Fahrrechtes mit Autos vorsehe. Der Kläger habe daher ein Interesse an der Feststellung des Bestehens eines uneingeschränkten Zufahrtsrechts.

Gemäss den vorliegenden Akten macht der Kläger nirgends geltend, der Beklagte habe je das Fahrrecht über die Parzelle Nr. 1460 bestritten. Insofern ist nicht ersichtlich, worin die Ungewissheit der Rechtsbeziehung zwischen dem Kläger und Beklagten bezüglich dieser Parzelle bestehen soll. Daher fehlt betreffend der Parzelle Nr. 1460 das Feststellungsinteresse. Hingegen ist bezüglich der Parzelle Nr. 946 das Feststellungsinteresse zu bejahen. Durch die vom Beklagten angebrachten Abschrankungen ist ausgewiesen, dass die Parteien unterschiedliche Standpunkte einnehmen und der Kläger ein Interesse an der Klärung der Frage des Zufahrtrechts hat.

Der Anspruch des Klägers auf ein Fahrrecht über die Parzelle Nr. 946 ist durch den Vertrag vom 30. November 1949 bzw. 8. Februar 1950 ausgewiesen. Im Vertrag steht wörtlich: „Auf Grundbuchblatt No. 946 ist unter lit. c ein unbedingtes Fahrrecht zugunsten der Liegenschaft Grundbuch G. No. 1185 eingetragen." Die Bezeichnung „unbedingt" stellt dabei eine ganz allgemein übliche Formulierung dar, aus der nichts Besonderes zugunsten des Berechtigten abgeleitet werden kann (*Liver*, Zürcher Kommentar, N 86 zu Art. 737 ZGB).

Demnach ist festzustellen, dass dem Kläger das uneingeschränkte Fahrrecht über die Parzelle Nr. 946 zusteht.

2. Bestehen des uneingeschränkten Benützungsrechtes an der Spielwiese auf Parzelle Nr. 946 zwischen Vereinshütte und Weidstall

Der Kläger bringt vor, er habe ein Interesse an der Feststellung des uneinge-schränkten Benützungsrechtes, weil der Beklagte dieses Recht immer wieder in Frage stelle und durch entsprechende Tätigkeiten, wie z.B. Auslassen von Tieren, Ausbringen von Jauche/Mist sowie Befahren und Verstellen mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen, einschränke.

Das Vorliegen eines Feststellungsinteresses ist ausgewiesen, weil der Beklagte das vom Kläger geltend gemachte Recht auf die Benützung der Spielwiese immer wieder einschränkt.

Gemäss dem Vertrag besteht ein Recht des Klägers, „die Wiese östlich des Ferienhauses Assekuranz Nr. 818 von dieser Eigentumsgrenze an und südlich des Stalles Assekuranz Nr. 1012 in

Parzelle Nr. 946 auf einer Fläche von rund 350m^2 als Spielwiese zu benützen."

Wie das Zitat verdeutlicht, sieht der Vertrag keine uneingeschränkte Nutzung der rund 350m^2 Wiese vor. Vielmehr definiert der Vertrag die Nutzung unmissverständlich, indem die Wiese als Spielwiese zu benützen ist. In diesem eingeschränkten Sinn, d.h. der Benützung zu Spielzwecken, kann dem klägerischen Rechtsbegehren entsprochen werden.

Demzufolge ist festzustellen, dass dem Kläger das uneingeschränkte Benützungsrecht an der Wiese, welche sich östlich des Ferienhauses und südlich des Stalles über eine Fläche von rund 350m^2 erstreckt, in ihrer Funktion als Spielwiese zusteht.

KGer 14.5.2007

3512

Justizaufsichtskommission. Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Die Anrechnung eines Teils einer von der IV an ein unmündiges Kind ausgerichteten Hilflosenentschädigung an dessen Barbedarf ist willkürlich (Art. 285 Abs. 2 ZGB).

Aus den Erwägungen:

1.1Sodann hält die Beschwerdeführerin die Berücksichtigung der Hilflosenentschädigung bei der Bedarfsberechnung für F. als willkürlich. Die Hilflosenentschädigung werde für F. ausgerichtet, weil dieser bei alltäglichen Verrichtungen auf die Hilfe Dritter, sprich seiner Mutter, angewiesen sei. Sofern die Beschwerdeführerin mit den eingereichten Belegen für Mehrauslagen nicht die Höhe der Hilflosenentschädigung erreiche, sei festzuhalten, dass die Hilflosenentschädigung der Beschwerdeführerin eine Entlastung ermöglichen solle, sei es durch den Beizug von Drittpersonen oder durch die Finanzierung eines Wochenendaufenthaltes von F. in einem Heim. Aus diesem Grund werde die Hilflosenentschädigung vom Sozialamt nicht bei der Berechnung des sozialhilferechtlichen Bedarfs berücksichtigt. Mit der Anrechnung der Hilflosenentschädigung auf den normalen Barbedarf von F. werde der Sinn dieser Entschädigung in willkürlicher Weise aufgehoben. Für F. sei deshalb unabhängig von

der Hilflosenentschädigung ein Unterhaltsbeitrag in der für seine Geschwister errechneten Höhe festzulegen. Die Neufestlegung der Kinderunterhaltsbeiträge habe Auswirkungen auf die Höhe des Unterhaltsbeitrages an die Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2007. Nur aus diesem Grund sei die Aufhebung des Unterhaltsbeitrages an die Beschwerdeführerin beantragt worden.

Der Beschwerdegegner hat sich hiezu nicht geäussert.

Art. 285 Abs. 2 ZGB hält fest, dass Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen sind, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt. Es gilt folglich der Grundsatz der Kumulation von Unterhaltsbeitrag und Sozialleistungen, soweit das Gericht keine andere Regelung trifft. Anders könnte es sich nur verhalten, wenn der Beklagten - wie der Kläger behauptet - Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden müsste. Es kann rechtsmissbräuchlich sein, auf der Weiterzahlung der bisherigen Unterhaltsbeiträge und der neuen und erhöhten Sozialleistungen zu beharren, wo die Kumulation zu einer offensichtlichen Überdeckung des Unterhaltsbedarfs führt (BGE 128 III 305 ff.). Wie im vorstehend zitierten Entscheid handelt es sich bei der in casu zu beurteilenden Hilflosenentschädigung um eine IV-Kinderrente. Der Verfügung der IV-Stelle des Kantons Appenzell A.Rh. vom 1. September 2004 kann entnommen werden, dass deren Abklärungen ergeben hatten, dass bei F. bei sämtlichen alltäglichen Lebensverrichtungen, ausser beim Aufstehen/Absitzen/Abliegen, ein Mehraufwand entsteht. Daraus folgt klar, dass diese Leistungen der Invalidenversicherung nicht zur Deckung des normalen Unterhaltsbedarfs des Kindes, sondern ausschliesslich für die Deckung der Mehraufwendungen bei der Betreuung bestimmt sind. An dieser Stelle ist anzufügen, dass die Invalidenversicherung nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht grundlos Leistungen ausrichtet, wenn diese nicht gerechtfertigt sind. Aufgrund dieser Überlegungen muss die Anrechnung eines Teils der Hilflosenentschädigung an den Barbedarf von F. als willkürlich qualifiziert werden.

1.2 Wie vorne ausgeführt, hat die Justizaufsichtskommission angesichts der kassatorischen Natur der Willkürbeschwerde keine Möglichkeit, den fehlerhaften Entscheid selbst zu korrigieren. Die Vorinstanz ist daher in Berücksichtigung und im Sinne der

vorstehenden Erwägung anzuweisen, mit Wirkung ab 1. Januar 2007 den Kinderunterhaltsbeitrag von F. neu festzusetzen und, soweit dadurch der ab Januar 2007 zugesprochene Frauenunterhaltsbeitrag betroffen ist, auch diesen neu zu berechnen. Im Weiteren ist angesichts der neuen Ausgangslage durch die Vorinstanz zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin aus der teilweisen Eigenbetreuung von F. allenfalls ein kleines Einkommen anzurechnen ist.

JuAK 15.03.2007

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3513

Pfändungskosten. Die Praxis, in parallel laufenden Verfahren je separat Kosten resp. Gebühren zu erheben, ist korrekt (Art. 15 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GebV SchKG; SR 281.35).

Aus den Erwägungen:

Die Betreibungs- und Konkurskosten werden in der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) geregelt.

Im Folgenden sind die einzelnen Positionen der Kostenrechnungen zu prüfen, welche in der Pfändungsurkunde detailliert aufgeführt sind. Vorauszuschicken ist, dass es gängiger Praxis entspricht, in parallel laufenden Verfahren je separat Kosten resp. Gebühren zu erheben. Der Gläubiger hat es also hinzunehmen, dass zum Teil doppelte Gebühren angefallen sind. Umso mehr als er dafür die Weichen gestellt hat, indem er für seine ausstehenden Forderungen zwei Betreibungen eingeleitet hat. Es wäre nämlich ohne Weiteres möglich gewesen, die beiden Steuerforderungen in einer Betreibung zusammenzufassen. Art. 15 GebV SchKG steht dem Gesagten nicht entgegen; dieser Artikel besagt nur, dass mehrere Verrichtungen zu

koordinieren und eine allfällige Wegentschädigung verhältnismässig aufzuteilen ist.

AB SchK 22.05.2007

2.5 Strafprozess

3514

Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren (Art. 57 Abs. 1 StPO und Art. 9 Abs. 1 OHG). Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen. Solidarität.

Sachverhalt:

Seit etwa Mitte der Neunzigerjahre nahm das Ehepaar X., welches vier eigene Kinder hat, immer wieder Pflegekinder in Dauer- oder Tagespflege in ihren Haushalt auf.

Die Geschädigte 1 lebte seit dem 1. September 1999, d.h. seit ihrem ersten Lebensjahr, im Rahmen eines Dauerpflegeverhältnisses beim Ehepaar X. Erste Hinweise auf eine mögliche Gefährdung der Geschädigten 1 erhielten die Sozialen Dienste Y. im Oktober 2000. Die damals eingeleiteten Abklärungen verliefen ergebnislos. Im Dezember 2003 erhielten die Sozialen Dienste Y. einen anonymen Hinweis, der zu weiteren Abklärungen im Umfeld der Geschädigten 1 führte. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse wurde eine sofortige Umplatzierung der Geschädigten 1 vorgenommen und dem Ehepaar X. die Pflegekinderbewilligung entzogen sowie untersagt, vorläufig Tagespflegekinder aufzunehmen. Seit dem 19. Mai 2004 lebt die Geschädigte 1, nachdem sie zunächst in einer SOS-Pflegefamilie untergebracht worden war, in einer neuen Pflegefamilie.

Die Geschädigte 2 lebte von ca. Mitte Juni 2000 bis 1. Januar 2004, als sie in ihre jetzige Pflegefamilie umplatziert wurde, als Tagespflegekind beim Ehepaar X. Gemäss den Angaben des Kindes gegenüber ihrer Mutter und den jetzigen Pflegeeltern war sie Misshandlungen durch die Angeklagte ausgesetzt.

Aus den Erwägungen:

Die kantonale Strafprozessordnung sieht in Art. 57 Abs. 1 StPO vor, dass im Strafurteil über die Zivilansprüche entschieden wird, wenn sie genügend abgeklärt sind; sonst werden sie auf den Zivilweg verwiesen. Es ist nicht Sache des Strafrichters, ein zeitraubendes und aufwändiges Beweisverfahren betreffend die geltend gemachten Zivilforderungen durchzuführen. Im Strafurteil werden in ständiger Praxis Zivilansprüche nur geschützt, soweit sie vom Angeklagten anerkannt wurden oder eindeutig ausgewiesen sind (*Bänziger/Stolz/Kobler*, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1992, N 2 zu Art. 57 StPO).

Mit Inkrafttreten des Opferhilfegesetzes, welches den Opfern von Straftaten Hilfe leisten und ihre Rechtsstellung verbessern soll (Art. 1 OHG), wird den Opfern in Art. 8 Abs. 1 lit. a OHG ein uneingeschränkter Anspruch auf adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen eingeräumt (*Steiger-Sackmann*, in: Gomm/Zehntner [Hrsg.], Handkommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 2005, N 23 zu Art. 8 OHG). Die gerichtliche Beurteilung im Strafverfahren setzt voraus, dass das Opfer entsprechende Rechtsbegehren gestellt hat. Grundsätzlich hat das Strafgericht adhäsionsweise geltend gemachte Zivilforderungen gleichzeitig mit dem Strafpunkt zu entscheiden (Art. 9 Abs. 1 OHG), kann aber die Forderung auch nur dem Grundsatze nach beurteilen und im Übrigen auf den Zivilweg verweisen (*Steiger-Sackmann*, a.a.O., N 6 und 18 f. zu Art. 9 OHG).

1.1Opferrechtliche Ansprüche auf finanzielle Hilfe, welche öffentlich-rechtlicher Natur sind, dürfen nicht mit den zivilrechtlichen Ansprüchen des Opfers gegenüber dem Täter gleichgesetzt werden. Bei den Ansprüchen des Opfers gegen den Täter handelt es sich um privatrechtliche Ansprüche, die aufgrund der Bestimmungen von Art. 41 ff. OR zu beurteilen sind (SJZ 98 [2002] Nr. 14; *Steiger-Sackmann*, a.a.O., N 40 zu Art. 8 OHG).

Im vorliegenden Fall fordert der Rechtsvertreter der Geschädigten 1 als Schadenersatz Fr. 18'150.-- nebst 5 % Zins seit 19. Mai 2004. Dieser Betrag entspreche den Kosten für die Notplatzierung der Geschädigten 1 und sei dem Ehepaar X. anzulasten, weil dieses es versäumt habe, adäquat zu reagieren und selber eine Umplatzierung zu beantragen. Die Angeklagte anerkannte grundsätzlich eine

Schadenersatzforderung, erachtet jedoch den Betrag als zu hoch und beantragt eine Reduktion auf eine angemessene Höhe.

Die Persönlichkeitsrechte der Geschädigten 1 wurden durch die Körperverletzungen verletzt, weshalb ihr als Direktgeschädigte eine Anspruchsberechtigung betreffend Schadenersatz zusteht (*Brehm*, Berner Kommentar, N 17 und N 35 f. zu Art. 41 OR). Der Geschädigtenvertreter wies die geltend gemachten Kosten von Fr. 18'150.-- im Detail aus. Damit ist der Schaden durch die Notplatzierung nachgewiesen (Art. 42 Abs. 1 OR). Erstellt ist ferner, dass das Ehepaar X. den Schaden hätte verhindern können, wenn es auf seine Überforderung richtig reagiert und um eine Umplatzierung der Geschädigten 1 ersucht hätte. Als den Behörden der Verdacht auf Misshandlungen kam, mussten sie umgehend reagieren und die Geschädigte 1 zu ihrem Schutz andernorts platzieren. Der ab dem 19. Mai 2004 geforderte Verzugszins von 5 % ist ausgewiesen (*Brehm*, a.a.O., N 97 zu Art. 41 OR; Art. 104 OR). Versehentlich wurde in Ziffer 6 des Dispositives der geschuldete Schadenersatz auf Fr. 18'500.-- beziffert. Dabei handelt es sich offensichtlich um einen Schreibfehler, welcher hiermit berichtigt wird (Art. 2 StPO i.V.m. Art. 206 Abs. 6 ZPO).

Der Rechtsvertreter der Geschädigten beantragte sodann den Vorbehalt eines Nachklagerechtes für allfällige weitere Schadenersatzforderungen.

Das Opfer hat gemäss Art. 9 Abs. 3 OHG Anspruch darauf, dass seine Zivilansprüche dem Grundsatz nach behandelt werden (*Steiger-Sackmann*, a.a.O., N 20 zu Art. 9 OHG). Eingeklagt werden kann auch künftiger Schaden, sofern das schadenstiftende Ereignis stattgefunden hat und als solches abgeschlossen ist und der Schaden sich mit der für ein Urteil erforderlichen Genauigkeit berechnen lässt (*Brehm*, a.a.O., N 71 zu Art. 41 OR). An letzterer Voraussetzung fehlt es, da im vorliegenden Fall nicht einmal gestützt auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Schätzung vorgenommen werden kann. Die Erhebung eines Nachklagevorbehaltes ist jedoch nicht notwendig. Auch ohne diesen ist bei einer Teilklage die nachträgliche Geltendmachung von allfälligen weiteren Schadenersatzforderungen möglich.

1.2Bei Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR). Diese

bezweckt, dass durch eine schadenersatzunabhängige Geldleistung ein gewisser Ausgleich geschaffen wird für den erlittenen physischen und/oder seelischen Schmerz, wobei die Geldleistung beim Geschädigten ein Gefühl des Wohlbefindens hervorrufen soll (*Brehm*, a.a.O., N 9 zu Art. 47 OR).

Der Geschädigtenvertreter der Geschädigten 1 stellte den Antrag, dem Opfer eine angemessene Genugtuung, mindestens aber Fr. 20'000.-- zuzusprechen. Im Wesentlichen führte er hierzu aus, dass die Geschädigte 1 vom Ehepaar X. in ihrer körperlichen wie auch psychischen Integrität unmittelbar und relativ schwer beeinträchtigt worden sei. Es sei nicht absehbar, wie das Kind die erlittenen Gewalteinwirkungen psychisch verarbeiten werde. Hinzu komme, dass auch die deutlichen Narben im Gesicht allenfalls einmal Anlass für spätere psychische Probleme geben könnten. Die Angeklagte anerkannte grundsätzlich eine Genugtuungsforderung, erachtet jedoch den Betrag als zu hoch und beantragt eine Reduktion auf eine angemessene Höhe.

Bei der Bemessung steht dem Richter, weil kein Tarif aufgestellt werden kann, ein eigener, weiter Ermessensspielraum zu, wobei auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist (*Brehm*, a.a.O., N 62 zu Art. 47 OR). Der Rechtsvertreter der Geschädigten 1 stützt sich für die Höhe der von ihm geltend gemachten Genugtuungssumme auf die Rechtsprechung in ähnlich gelagerten Fällen ab (act. 60/S. 3 mit Hinweis auf *Hütte/Ducksch/Guerrero*, Die Genugtuung, 3. Aufl., Stand August 2005, Tabelle VIII/41, Zeitraum 1998-2000, Nr. 17a; Tabelle VIII/13, Zeitraum 2001-2002, Nr. 31; Tabelle VIII/26, Zeitraum 2003-2005, Nr. 55), welche eine Bandbreite von Fr. 12'000.-- bis Fr. 45'000.-- vorsehe. Die von ihm zitierten Fälle beruhen gemäss *Hütte/Ducksch/Guerrero* auf folgenden Umständen:

	Schadenereignis	Verletzungen	Genugtuung
Tabelle VIII/41, Zeitraum 1998-2000, Nr. 17a	über längere Zeit dauernde Misshandlung eines 3 ½ jährigen Kindes	Hirnverletzungen, diverse Frakturen, Beulen	Fr. 45'000.--
Tabelle VIII/13,	auspeitschen, schlagen mit Gurt,	Verbrennungen 2. Grades am	Fr. 12'000.--

Zeitraum 2001-2002, Nr. 31	wiederholtes Zufügen von Verbrennungen 2. Grades am ganzen Körper	ganzen Körper	
Tabelle VIII/26, Zeitraum 2003-2005, Nr. 55	während 1 Jahr regelmässiges Schlagen der 5- und 7 jährigen Kinder mit nackter Hand, Stock oder Gürtel und Kabel; Köpfe unter Wasser stecken bis zum beinahe Ertrinken	Prügel, Todesangst	je Fr. 20'000.--

Aufgrund der in den obigen Fällen geschilderten Misshandlungen sowie den daraus resultierenden Verletzungen erachtet das Gericht die vom Rechtsvertreter der Geschädigten 1 geforderte Genugtuung von Fr. 20'000.-- als zu hoch. Die Geschädigte 1 wurde während rund 3 ¾ Jahren von der Angeklagten mehrmals monatlich mit der Hand und zumindest einmal mit dem Kochlöffel geschlagen. Ein Teil der Narben im Gesicht und am Hinterkopf der Geschädigten 1 wurden durch diese Schläge verursacht. Zusätzlich wurde sie während des gleichen Zeitraumes auch vom Ehemann der Angeklagten mit der Hand geschlagen sowie mit Klapsen auf den Po und Tritten misshandelt. Die Misshandlungen der Geschädigten 1 wiegen zweifelsohne schwer, sind aber nicht völlig gleichzusetzen mit den oben erwähnten Fällen. Das Gericht zieht daher nebst den vom Rechtsvertreter der Geschädigten zitierten Fällen folgende weitere in *Hütte/Ducksch/Guerrero* geschilderten Fälle in seine Überlegungen mit ein:

	Schadenereignis	Verletzungen	Genugtuung
Tabelle VIII/27, Zeitraum 1998-2000, Nr. 13	Während 5 Jahren regelmässiges (1-2x/Woche) Schlagen mit Peitschenstiel und Gurt; Ohrfeigen, Kneifen etc.	Nasenbluten, Ohrfeigen	Fr. 5'000.--

Tabelle VIII/7, Zeitraum 2001-2002, Nr. 18	zufügen von Schnittwunden im Gesicht mit einem Glas	Schnittwunden im Gesicht; schmerzende Narbe	Fr. 3'000.--
Tabelle VIII/7, Zeitraum 2001-2002, Nr. 21a	Wiederholtes Bedrohen der 13-16 jährigen Kinder mit dem Tod; mehrfacher tätlicher Angriff gegenüber Sohn	Angst	Fr. 4'000.--
Tabelle VIII/22, Zeitraum 2003-2005, Nr. 49	bei einem Überfall droht der Täter mit einem Messer, er werde alle „tot machen“; zudem erleidet der Sohn leichte Schnittwunden	leichte Schnittwunden; Angsttraumata	Fr. 7'000.--

Die Genugtuung soll, wie bereits erwähnt wurde, einen gewissen Ausgleich schaffen für den erlittenen physischen und/oder seelischen Schmerz. Ein Vergleich der von der Geschädigten 1 erlittenen Misshandlungen und Verletzungen mit sämtlichen *in Hütte/Ducksch/Guerrero* oben erwähnten Fällen ergibt nach Ansicht des Gerichtes eine mögliche Bandbreite für die auszufällende Genugtuung von Fr. 7'500.-- bis 12'000.--. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Misshandlungen der Geschädigten 1 begannen, als sie knapp 1 ½ Jahre alt war, über eine längere Zeit regelmässig stattfanden und sichtbare Verletzungen im Gesicht und am Hinterkopf hinterliessen, erscheint dem Gericht im vorliegenden Fall eine Genugtuung von Fr. 12’000.-- für die Geschädigte 1 angemessen.
Die Angeklagte wurde von den Anklagepunkten zum Nachteil der Geschädigten 2 freigesprochen, weshalb die von der Geschädigtenvertreterin erhobene Genugtuungsforderung abzuweisen ist.

1.3Haben mehrere den Schaden gemeinsam verursacht, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch. Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff

gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 1 und 2 OR). Die für die Schadenersatzforderung vorgesehene Solidarität erfasst bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen auch die Genugtuungsforderung. In allen Fällen der Solidarität müssen aber die Voraussetzungen einer Genugtuung bei jedem Haftpflichtigen vorhanden sein (*Schnyder*, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 47 OR).

Die von der Geschädigten 1 erhobene Klage betreffend Schadenersatz und Genugtuung steht im Zusammenhang mit den ihr vom Ehepaar X. zugefügten Misshandlungen. In strafrechtlich vorwerfbarer Weise haben sowohl die Angeklagte als auch ihr Ehemann gehandelt. Beide müssen für die Zivilforderungen einstehen, weil sie ein gemeinsames Verschulden tragen (*Schnyder*, a.a.O., N 7 zu Art. 50 OR). Im Verhältnis unter den Solidarschuldnern ist nebst anderen Faktoren zu berücksichtigen, dass die Misshandlungen der Geschädigten 1 im überwiegenden Masse von der Angeklagten begangen wurden und sie demnach ein grösseres Verschulden trägt (*Schnyder*, a.a.O., N 17 zu Art. 50 OR). Es erscheint daher angemessen, dass sie im internen Verhältnis unter den Solidarschuldnern 5/7 zu übernehmen hat.

KGer, 3. Abt., 15.01.2007

3515

Haftentlassungsgesuch. Haftgründe (Art. 98 StPO und Art. 108 Abs. 1 StPO).

Sachverhalt:

Am 28. September 2005 kam es zwischen der Gesuchstellerin und ihrem Ehemann zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die Gesuchstellerin ihren am Boden liegenden Ehemann von hinten mit einem Fleischmesser angriff und ihn am Rücken verletzte. Als dieser sich erhob, stach die Gesuchstellerin erneut zu und fügte ihm an der Brust Stichwunden zu, die nur zufällig zu keinen lebensgefährlichen Verletzungen führten. Im Rahmen des Strafverfahrens gegen die Gesuchstellerin waren zudem zahlreiche, weitere Delikte zu

beurteilen, die im Vergleich zur Haupttat aber von untergeordneter Bedeutung erscheinen.

Aus den Erwägungen:

Die Gesuchstellerin befand sich zunächst freiwillig im vorzeitigen Strafvollzug, widerrief dann ihr Einverständnis dazu und wurde schliesslich in Sicherheitshaft versetzt, nachdem ihre strafrechtliche Verurteilung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Sicherheitshaft wird hinsichtlich des Vorliegens von Haftgründen wie die Untersuchungshaft behandelt. Sie ist nach Abschluss der Strafuntersuchung im gerichtlichen Strafverfahren, d.h. bevor eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt, nur zulässig, wenn der Beschuldigte eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist (allgemeiner Haftgrund) und bestimmte Anhaltspunkte für eine Fluchtgefahr oder für eine Gefährdung anderer durch Begehung einer neuen oder Ausführung einer angedrohten schweren Straftat gegeben sind (Art. 98 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 StPO). Darüber hinaus kennt die kantonale Strafprozessordnung auch den speziellen Haftgrund der besonderen Schwere der Straftat (Art. 98 Abs. 1 Ziff. 4 StPO). Ferner ist die Haft zulässig zur Sicherung des Strafvollzugs (Art. 98 Abs. 2 StPO).

Beim Gesuch um Haftentlassung ist zu prüfen, ob die oben dargestellten Haftgründe weiter bestehen und ob die Haftdauer verhältnismässig erscheint. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Haftdauer ist der Schwere der vorgeworfenen Straftaten Rechnung zu tragen. Die Haft darf nur so lange fortdauern, als sie nicht in grosse zeitliche Nähe der freiheitsentziehenden Sanktion, die aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung zu erwarten ist, rückt. Die Frage, ob eine Haftdauer als übermässig bezeichnet werden muss, ist aufgrund der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls zu beurteilen (BGE 132 I 21, E. 4.1).

1.1Auf den allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts ist vorliegend nicht näher einzugehen. Die Gesuchstellerin hat die Tat gestanden. Der für das Strafverfahren massgebliche Sachverhalt ist unbestritten; umstritten ist lediglich die rechtliche Qualifikation der Handlungen, soweit sie die Verletzungen angeht, welche die Gesuchstellerin ihrem Ehemann zufügte. Darüber wird das Obergericht zu befinden haben.

1.2 Fluchtgefahr ist gegeben, wenn zu befürchten ist, der Täter werde im Ausland untertauchen oder sich durch heimliche Ortswechsel im Inland der Strafverfolgung oder dem Strafvollzug entziehen. Es geht dabei nicht nur um Fälle des definitiven Entziehens von der Strafverfolgung; ausreichend ist schon, wenn die mutmassliche Unauffindbarkeit eine gewisse Zeit dauert. Die Schwere der zu erwartenden Freiheitsstrafe ist ein wichtiges Indiz für Fluchtgefahr, genügt aber für sich allein nicht (BGE 125 I 60, E. 3a; BGE 117 Ia 69, E. 4a). Dem Kriterium des fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz, namentlich bei ausländischer Staatsangehörigkeit, kommt praktisch grosse Bedeutung zu, besonders dann, wenn bei einer Verurteilung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe zu rechnen ist. Regelmässig zu berücksichtigen ist die familiäre Situation eines Angeschuldigten. Eine erwartete fremdenpolizeiliche Ausweisung wird bei der Prüfung der Fluchtgefahr berücksichtigt, indem angenommen werden darf, der Angeschuldigte habe kein Interesse an einem nur noch kurzzeitigen Verbleib in der Schweiz, einzig um sich dem Strafverfahren und dem drohenden Strafvollzug zu stellen (*Keller*, Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen, AJP 2000, S. 939 f., m.w.H.).

Die Gesuchstellerin wurde im erstinstanzlichen Strafverfahren zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt. Gleichzeitig wurde der bedingte Strafvollzug verschiedener älterer Strafurteile widerrufen. Die Gesuchstellerin befand sich längere Zeit im vorzeitigen Strafvollzug, bis sie nun in Sicherheitshaft versetzt wurde. Ohne die Möglichkeit einer allfälligen bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug zu berücksichtigen – diese Frage ist im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Haftdauer zu prüfen –, würde die Gesuchstellerin bis zum 4. August 2007 ihre Strafe absitzen müssen, bliebe es denn bei dem erstinstanzlich festgelegten Strafmass. Im jetzigen Zeitpunkt ist weder für das Kantonsgericht noch für die Gesuchstellerin absehbar, ob das Obergericht ihre Taten in gleicher Art qualifizieren wird, wie die 1. Abteilung des Kantonsgerichts in ihrem Urteil vom 30. November 2006. Immerhin ist die Gesuchstellerin der versuchten vorsätzlichen Tötung angeklagt. Die erste Instanz ging stattdessen von versuchter schwerer Körperverletzung aus und bestimmte das Strafmass – weit unter dem Antrag der Staatsanwaltschaft liegend – auf dieser Grundlage. Sollte es in zweiter Instanz zu einer Verurteilung wegen versuchter Tötung

kommen, hätte die Gesuchstellerin mit einer weitaus höheren Strafe zu rechnen. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als wahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin nicht in der Schweiz verbleibt, um die rechtskräftige Erledigung des Strafverfahrens abzuwarten. Die Unsicherheit über den Ausgang des Strafverfahrens und die Möglichkeit einer Verurteilung zu einer weitaus höheren Strafe stellen bereits ein wichtiges Indiz für eine Fluchtgefahr dar.

Die Gesuchstellerin stellt verschiedentlich in Aussicht, sie werde ihr Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zurückziehen. Ein definitiver Rückzug dieses Gesuchs liegt dem Gericht im Moment des Entscheids noch nicht vor und konnte auch vom Amt für Ausländerfragen auf telefonische Anfrage noch nicht bestätigt werden. Es ist aber davon auszugehen, dass der Gesuchstellerin, sei es aufgrund eines Rückzugs ihres Gesuchs, sei es aufgrund des Entscheids der Ausländerbehörde, ihre Aufenthaltsbewilligung aufgrund ihrer strafbaren Handlungen nicht mehr zu verlängern, keine weitere Aufenthaltsbewilligung mehr erteilt wird. Die von der Gesuchstellerin und ihrem Verteidiger dargelegte Absicht, die Gesuchstellerin werde nach ihrer Entlassung aus der Haft die Schweiz verlassen und in ihr Heimatland M. zurückkehren, genügt bereits für die Annahme von Fluchtgefahr (vgl. BGE 123 I 31, E. 3d). Die Gesuchstellerin sichert zu, sie werde nach ihrer Entlassung nach M. zurückkehren. Zudem befinden sich ihre Kinder in M., was eine sofortige Rückkehr dorthin umso wahrscheinlicher macht. Damit wird es sich aber als unmöglich erweisen, eine möglicherweise vom Obergericht verhängte, längere Strafe noch vollstrecken zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist eine Haftentlassung ausgeschlossen.

Etwas befremdlich ist, dass offenbar die Staatsanwaltschaft, aber auch die für den Strafvollzug zuständige Behörde signalisieren, sie wären mit einer Haftentlassung der Gesuchstellerin einverstanden, wenn sie sofort nach ihrer Entlassung die Schweiz verlassen würde. Keine dieser Behörden scheint sich Gedanken darüber zu machen, dass ein öffentliches Interesse des Staates an der Bestrafung der Gesuchstellerin besteht und in Art. 98 Abs. 2 StPO ausdrücklich festgehalten ist, dass eine Haft auch zur Sicherung des Strafvollzugs zulässig ist. Absprachen dieser Art, ausländische Straftäter vorzeitig aus dem Strafvollzug zu entlassen, damit sie in ihr Heimatland zurückkehren, können seitens des Gerichts nicht gutgeheissen

werden, auch wenn es pragmatische Gründe dafür geben mag, solche Lösungen zu befürworten.

1.3Nachdem also bereits die Fluchtgefahr als besonderer Haftgrund bejaht wurde, können die Ausführungen zum Punkt der Gefährdung anderer durch Begehung einer neuen oder Ausführung einer angedrohten schweren Straftat entsprechend kurz gehalten werden. Die Gesuchstellerin hat Straftaten begangen, die eine gewisse Gefährlichkeit offenbaren, wobei derzeit offen bleiben kann, ob sie im eigentlichen Sinn als gemeingefährlich einzustufen ist. Im während des Strafverfahrens erstellten psychiatrischen Gutachten wird die Prognose der Gesuchstellerin als eher ungünstig beurteilt, auch wenn der Haftverlauf bis dahin eher positive Hinweise auf die weitere Legalprognose lieferte. Zusammenfassend ist im Gutachten aber festgehalten, dass davon ausgegangen werden kann, „dass ohne eine entsprechende Behandlung die Wiederholungsgefahr für eine schwere Körperverletzung (auch mit dem Risiko der Tötung) innerhalb emotional bedeutsamer Beziehungen, als mittelgradig hoch bewertet werden muss. Für unbeteiligte Dritte ist die Gefährdung dabei niedriger einzuschätzen. Die Gefährdung auch unbeteiligter Dritter oder für Personen, die mit der Gesuchstellerin in eine konflikthafte Situation geraten, ist für Tätlichkeiten jedoch sicherlich auch als mittel- bis hochgradig einzuschätzen“.

Nun macht der Verteidiger der Gesuchstellerin geltend, diese habe sich im Strafvollzug bisher gut geführt und sich jeweils sofort in Therapie begeben. Auch der Führungsbericht der Strafanstalt H. lautet tendenziell positiv. Ihm ist aber auch zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin Mühe hatte, sich an die Strukturen im Strafvollzug zu gewöhnen. Im Führungsbericht wird auch darauf hingewiesen, dass die Gesuchstellerin bis dahin in der Wohngruppe für Hochsicherheit und Integration untergebracht war und sich erst seit dem 27. Dezember 2006 in einer Wohngruppe des Normalvollzugs aufhalte. Hinsichtlich ihrer Auseinandersetzung mit der eigenen Delinquenz wird geschildert, die Gesuchstellerin habe Einsicht in ihre Alkoholproblematik geäussert, über die Tat und Tataufarbeitung an sich habe es aber bisher keine vertiefenden Gespräche gegeben.

Im psychiatrischen Gutachten wurde darauf hingewiesen, die Gesuchstellerin scheine in recht stereotyper Weise auf Konfliktsituationen reagiert zu haben und habe dabei eine sehr geringe Frustrationstoleranz und eine deutlich erhöhte Reizbarkeit mit

aggressiver Impulsivität gezeigt. Die tätliche Auseinandersetzung mit einer Mitgefangenen, zu der es nach nur etwa zwei Wochen im Normalvollzug kam, zeigt mehr als deutlich, dass es der Gesuchstellerin immer noch nicht möglich ist, adäquat auf Spannungen und Konfliktsituationen zu reagieren. Dem Disziplinarentscheid ist unter Ziffer 8 zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin aus Sicherheitsgründen in die Wohngruppe Integration zurückversetzt werden musste. Vor diesem Hintergrund kann eine gewisse Gefährlichkeit der Gesuchstellerin nicht ausgeschlossen werden. Die Haftentlassung wäre somit auch aus diesem Grunde zu verweigern.

1.4Gemäss Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK hat eine in strafprozessualer Haft gehaltene Person Anspruch darauf, innerhalb einer angemessenen Frist abgeurteilt oder während des Strafverfahrens aus der Haft entlassen zu werden. Eine übermässige Haftdauer stellt eine unverhältnismässige Beschränkung dieses Grundrechts dar. Sie liegt dann vor, wenn die Haftfrist die mutmassliche Dauer der zu erwartenden freiheitsentziehenden Sanktion übersteigt. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist der Schwere der untersuchten bzw. angeklagten Straftat Rechnung zu tragen. Die Haft darf nur so lange erstreckt werden, als sie nicht in grosse zeitliche Nähe der konkret zu erwartenden freiheitsentziehenden Sanktion rückt. Die Frage, ob eine Haftdauer als übermässig bezeichnet werden muss, ist aufgrund der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles zu beurteilen (BGE 126 I 172, E. 5a).

Die Gesuchstellerin ist u.a. der versuchten vorsätzlichen Tötung angeklagt. Diese Tat ist gemäss Art. 111 StGB mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren bedroht. Bei schwerer Körperverletzung nach Art. 122 StGB ist eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren möglich. Die einfache Körperverletzung kann schliesslich mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren geahndet werden. Nachdem die Gesuchstellerin mehrere strafbare Handlungen beging, wäre die Strafe zudem in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB angemessen zu erhöhen. Auch unter Berücksichtigung einer eingeschränkten Zurechnungsfähigkeit und des Versuchs hat sie mit einer langen Freiheitsstrafe zu rechnen.

Tatsache ist, dass die Gesuchstellerin derzeit nur geringfügig mehr als 2/3 der von der ersten Instanz ausgesprochenen Freiheitsstrafe

verbüsst hat, so dass nicht gesagt werden kann, die Haftdauer rücke jetzt schon in grosse zeitliche Nähe der konkret zu erwartenden Freiheitsstrafe.

Allerdings ist dem Vorbringen des Verteidigers der Gesuchstellerin, bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Haftdauer sei die Möglichkeit der bedingten Entlassung nach Verbüssung von 2/3 der Strafe zu berücksichtigen, nachzugehen. Nach Vorliegen eines erstinstanzlichen Urteils ist bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Haftdauer auf das von der ersten Instanz festgelegte Strafmass abzustellen (*Keller*, a.a.O., S. 942, Ziff. 3.2).

In der Praxis der St. Gallischen Gerichtsbehörden gibt es offenbar die sogenannte „Drittelsregelung“. Für mutmasslich unbedingte Freiheitsstrafen – und davon ist nach Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils auch im Fall der Gesuchstellerin auszugehen – soll die Haftdauer 2/3 der erwarteten Strafe nicht übersteigen, damit die Möglichkeit der bedingten Entlassung nach Art. 38 Ziff. 1 aStGB bzw. Art. 86 nStGB nicht faktisch unterlaufen werde (*Keller*, a.a.O., S. 942, Ziff. 3.2).

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der vorstehend dargestellten Regel um kantonale Gerichtspraxis handelt, die sich bisher nicht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder in der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte niedergeschlagen hat. Hinweise auf eine Haltung des Bundesgerichts liefert BGE 125 I 60, E. 3d. Danach ist nicht einmal die mögliche Gewährung des bedingten Strafvollzugs zur Beurteilung der Frage der übermässig langen Haftdauer zu berücksichtigen. Zumindest ist die „Drittelsregel“ nicht einfach unbesehen auf jeden Fall anzuwenden. Vielmehr ist im konkreten Fall zu prüfen, ob die Gewährung der bedingten Entlassung überhaupt in Frage käme. Gemäss Art. 86 StGB ist eine inhaftierte Person unter ansonsten gegebenen Voraussetzungen bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen, wenn ihr Verhalten im Strafvollzug das rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, sie werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Bei Delikten, die unter den Katalog von Art. 64 Abs.1 StGB fallen, ist gemäss Art. 75a die Zustimmung der Fachkommission einzuholen, wenn die Vollzugsbehörde die Frage der Gemeingefährlichkeit des Gefangenen nicht eindeutig beantworten kann. Tötung und schwere Körperverletzung – Delikte, die der Gesuchstellerin seitens der Anklage vorgeworfen werden – gehören zu diesem Katalog. Das

erstinstanzliche Urteil schliesst lediglich auf schwere Körperverletzung, allerdings meldete die Staatsanwaltschaft dagegen die Appellation an, so dass vor zweiter Instanz die Qualifizierung der Tat als versuchte Tötung nach wie vor zu Diskussion stehen wird. Die Anwendung der „Drittelsregel“ durch das Gericht im Haftentlassungsverfahren würde bei diesen schweren Delikten, die ansonsten eine Beurteilung der Gemeingefährlichkeit erfordern, die obligatorische Prüfung durch die Fachkommission unterlaufen. Das öffentliche Interesse am Schutz der Bevölkerung vor gemeingefährlichen Tätern überwiegt dessen Interesse an einer bedingten Entlassung nach Verbüssung von 2/3 der mutmasslichen Freiheitsstrafe.

Die Gesuchstellerin wurde bisher nicht durch eine Fachkommission begutachtet. Ihre Gemeingefährlichkeit kann daher vom Gericht nicht abschliessend beurteilt werden. Immerhin ist die aus Sicherheitsgründen vorgenommene disziplinarische Rückversetzung der Gesuchstellerin in die Wohngruppe Integration und die dieser Massnahme zugrunde liegende tätliche Auseinandersetzung mit einer Mitgefangenen kein Zeichen dafür, dass ihr Verhalten im Strafvollzug überhaupt die Möglichkeit einer bedingten Entlassung eröffnet hätte. Aufgrund dieser tatsächlichen Gegebenheiten besteht vorliegend keine Veranlassung, die Haftdauer als übermässig zu bezeichnen. Das Gesuch um Haftentlassung ist daher auch unter diesem Aspekt abzuweisen.

KGer, 2. Abt., 29.01.2007

2.6 Öffentliches Recht

3516

Gesuch um Berufsausübung durch einen Rechtsagenten. Binnenmarktgesetz. Das Obergericht ist nur für Berufsausübungsbewilligungen von im kantonalen Register eingetragenen Anwälten und Anwältinnen resp. von solchen, die Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen, zuständig, nicht jedoch für Gesuche um Berufsausübung durch Rechtsagenten. Voraussetzungen, unter denen das Binnenmarktgesetz in diesem Zusammenhang angerufen werden kann (Art. 8 und 11 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes; bGS 145.52; Art. Art. 2 und 4 Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

Sachverhalt:

M. hat im Jahre 1996 im Kanton St. Gallen den Titel eines Rechtsagenten erlangt. Mit Gesuch vom 29. Mai 2007 stellte er folgende Anträge:

1. Es sei die Berufsausübungsbewilligung im Umfang der nach st. gallischem Recht eingeräumten Vertretungsbefugnis zu erteilen.
2. Über Beschränkungen, die nicht denjenigen für Rechtsagenten nach st. gallischem Recht entsprechen, sei in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

Gemäss Begründung stellt sich für den Gesuchsteller insbesondere die Frage, ob sich Rechtsagenten oder Rechtsagentinnen auf das Binnenmarktgesetz berufen können.

Aus den Erwägungen:

1. Zunächst ist zu prüfen, ob das Obergericht für das vorliegende Gesuch überhaupt zuständig ist.

1.1Der Gesuchsteller hat das Gesuch an das Obergerichtspräsidium resp. die Anwaltsaufsichtskommission adressiert. Gemäss Art. 8 des kantonalen Gesetzes über die Ausübung des Anwaltsberufes (Anwaltsgesetz; bGS 145.52) führt die Aufsichtskommission das kantonale Anwaltsregister nach Art. 5 des

Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA; SR 935.61) und die öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA. Sie ist zudem zuständig für das Aufsichts- und Disziplinarwesen (vgl. Art. 19 und 29 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes). Das Obergericht erteilt demgegenüber auf Antrag der Anwaltsprüfungskommission das appenzell-ausserrhodische Anwaltspatent resp. entzieht dieses auf Antrag der Aufsichtskommission, wenn eine der Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt ist oder wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Voraussetzung im Zeitpunkt der Erteilung nicht erfüllt war (Art. 11 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes und Art. 63 Abs. 1 ZPO). Dem Präsidenten oder der Präsidentin des Obergerichtes obliegt es schliesslich, Bewerber und Bewerberinnen zur kantonalen Anwaltsprüfung zuzulassen (Art. 11 Abs. 1 Anwaltsgesetz).

Für die Behandlung des vorliegenden Gesuches ist somit nicht die Anwaltsaufsichtskommission oder das Obergerichtspräsidium, sondern eine Abteilung des Obergerichtes zuständig.

1.2Das BGFA gilt für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz forensisch tätig sind. Auch wer nach kantonalem Recht zur Parteivertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen ist, ohne in das Anwaltsregister eingetragen zu sein, untersteht dem BGFA. Faktisch ist jedoch der Eintrag in ein kantonales Anwaltsregister für die Unterstellung unter das BGFA entscheidend, weil nur in seltenen Fällen auch Personen zur Parteivertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen werden, die nicht in einem Anwaltsregister eingetragen sind (*Hans Nater*, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 3 zu Art. 2).

Die Regelung des Anwaltsmonopols und seines Umfangs verbleibt in der Kompetenz der Kantone bzw. beim Bund, soweit Gerichtsbehörden des Bundes betroffen sind (*Hans Nater*, a.a.O., N 6 zu Art. 3). Mithin steht es den Kantonen frei, auch andere als nach dem Anwaltsgesetz registrierte Anwälte zur Parteivertretung vor ihren Gerichtsbehörden zuzulassen. Diese erfüllen allerdings unter Umständen die Voraussetzungen für die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister nicht, so dass sie nicht von der Freizügigkeit profitieren können (*Hans Nater*, a.a.O., N 3 und 5 zu Art. 3).

Das ausserrhodische Anwaltsgesetz behält nach Art. 2 das Recht zur berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Gericht Personen

vor, die im kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind resp. Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen. Dabei orientieren sich die Voraussetzungen zur Eintragung in das kantonale Anwaltsregister an den durch das BGFA in Art. 7 und 8 aufgestellten Voraussetzungen, welche unter anderem ein juristisches Studium und ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde, vorsehen (Art. 16 Anwaltsgesetz). Regelungen bezüglich Rechtsagenten oder Rechtsagentinnen kennt das kantonale Recht nicht. Insbesondere fallen diese auch nicht unter die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 3 Anwaltsgesetz.

Dementsprechend erachtet das Obergericht sich lediglich für die im kantonalen Register eingetragenen Anwälte und Anwältinnen resp. solche, die Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen, als zuständig, und auf das Gesuch ist nicht einzutreten.

1.3Der Gesuchsteller stützt sich im Wesentlichen auf das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02). Im Binnenmarktgesetz ist in verschiedenen Artikeln, so zum Beispiel in Art. 2 Abs. 4 und 6, Art. 3 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 1, von einer kantonalen Vollzugsbehörde die Rede, welche in erster Instanz beurteilt, ob der Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt resp. diesen bewilligt. Allerdings enthält das kantonale Recht - abgesehen vom öffentlichen Beschaffungswesen - mit Bezug auf das Binnenmarktgesetz keine speziellen Zuständigkeitsnormen. Praxisgemäss ist somit für die Frage, welche Behörde gestützt auf das Binnenmarktgesetz über den Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung zu befinden hat, auf die Generalklausel gemäss Art. 89 Abs. 1 der Kantonsverfassung zurückzugreifen. Gemäss dieser Bestimmung nimmt der Regierungsrat alle Befugnisse wahr, die nicht ausdrücklich einer anderen Stelle zugewiesen sind. Zuständigkeitshalber ist das vorliegende Gesuch somit an den Regierungsrat zu überweisen (Art. 19 Abs. 1 Rechtspflegeverordnung, bGS 145.52).

2. Ohne dem Entscheid des Regierungsrates vorgreifen zu wollen, ist folgendes zu beachten:

2.1Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Kantone gestützt auf Art. 4 BGBM nicht verpflichtet, Berufe zuzulassen, die als solche in der kantonalen Gesetzgebung überhaupt nicht vorgesehen sind (BGE 125 I 276, E. 5, S. 283, BGE 125 I 322,

S. 333). Und selbst wenn der Gesuchsteller aus Art. 4 BGBM einen derartigen Anspruch ableiten könnte, stünde dieser unter dem Vorbehalt von Art. 3 BGBM. In einem Fall, der einen appenzell-ausserrhodischen Heilpraktiker betraf, der im Kanton Zürich zugelassen werden wollte, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es den Kantonen nicht verwehrt sei, höhere Schutzwirkungen anzustreben als andere Kantone. Was für Risiken in Kauf genommen werden sollten, sei eine politische Frage, die zulässigerweise in verschiedenen Gemeinwesen unterschiedlich beantwortet werden könne, sofern dadurch nicht ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen geschaffen werde (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Ausserkantonale Fähigkeitsausweise seien gemäss Art. 4 BGBM in der Regel anzuerkennen, wenn in beiden Kantonen die gleiche Schutzwirkung angestrebt werde, was in manchen Bereichen ohne Weiteres vermutet werden könne. Seien jedoch die angestrebten Schutzniveaus explizit unterschiedlich, dann bräuchten Ausweise, die nur das tiefere Niveau erfüllen würden, nicht anerkannt zu werden (BGE 125 I 322, S. 333).

2.2Gemäss dem per 1. Juli 2006 in Kraft getretenen revidierten Art. 2 BGBM gilt der Grundsatz des freien Marktzugangs nach den Vorschriften des Herkunftsortes neu auch für die Niederlassung. Wer also zur Ausübung einer Tätigkeit an einem Ort eine gewerbliche Niederlassung begründet, kann sich auf die Vorschriften am Ort der Erstniederlassung berufen. Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben. In diesem Sinne wäre auf das Gesuch nicht einzutreten, weil die Erteilung einer Berufsbewilligung überhaupt nicht nötig ist. Fraglich ist indessen, ob der Gesuchsteller sich überhaupt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM berufen kann. Zumal diese Bestimmung davon ausgeht, dass eine Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht hat, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben, wobei dies auch gilt, wenn der Ort der Erstausübung aufgegeben wird.

Diese Voraussetzungen erfüllt der Gesuchsteller (zumindest zur Zeit) offensichtlich nicht, zumal er sich seit der Erteilung des Patentes als Rechtsagent im Jahre 1996 weder im Kanton St. Gallen niedergelassen hat noch dort je als Rechtsagent tätig war.

OGer 22.05.2007