



Appenzell Ausserrhoden

Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis

AR GVP

15/2003

A.

Verwaltungsentscheide

1391

Verfahren. Auf mangelhafte Rekurseingaben wird nach ungenutzt verstrichener Notfrist zur Behebung der Mängel nicht eingetreten.

1. Die Prüfung der Einhaltung der Rekursvoraussetzungen hat durch die Rekursbehörde von Amtes wegen zu erfolgen. Vorliegend steht zur Diskussion, ob die formellen Anforderungen an einen Rekurs erfüllt sind.

2. Auf den 1. Januar 2003 ist das neue Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. September 2002 (VRPG; bGS 143.5) in Kraft getreten und findet auf bereits laufende Verfahren Anwendung (vgl. Alfred Kölz, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N 78). Art. 35 VRPG stimmt dabei mit dem Wortlaut von Art. 22 des alten Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) weitgehend überein, weshalb die frühere Rechtsprechung und Praxis dazu weiterhin Anwendung findet. Art. 35 VRPG legt unmissverständlich fest, dass der Rekurs schriftlich einzureichen und die angefochtene Verfügung beizulegen ist. Weiter muss er einen Antrag und eine kurze Begründung enthalten sowie die Beweismittel angeben. Genügt eine Rekurseingabe den formellen Anforderungen nicht, hat die Rekursbehörde der rekurrierenden Partei eine angemessene Frist zur Verbesserung zu eröffnen, verbunden mit der Androhung, dass ansonsten auf die Sache nicht eingetreten bzw. aufgrund der Akten entschieden werde (Art. 35 Abs. 3 VRPG, vgl. auch zum alten Recht Hans-Jürg Schär, *Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh.*, Teufen 1985, N. 17 zu Art. 22, mit Hinweisen). Dabei ist die Möglichkeit aufgrund der Akten zu entscheiden neu ins Gesetz aufgenommen worden, jedoch schon nach altem Recht möglich gewesen (vgl. Schär, a.a.O., N 24 zu Art. 22).

3. a) Die Rekurseingabe des Rekurrenten vom 12. November 2002 erreichte die Baudirektion mit diversen Mängeln. Insbesondere unterliess es der Rekurrent, einen Antrag klar zu formulieren und eine

Begründung darzulegen. Des Weiteren liegt die Unterschrift nur in Kopie vor und es wurde vergessen den angefochtenen Entscheid beizulegen.

b) Gemäss Art. 22 Abs. 3 VwVG hat die Baudirektion dem Rekurrenten mit Schreiben vom 15. November 2002 Gelegenheit gegeben, die rechtsgenügende Verbesserung der Rekurseingabe innerhalb der noch verbleibenden ca. 10-tägigen Rechtsmittelfrist nachzureichen. Der Rekurrent wurde dabei auch deutlich darauf hingewiesen, dass mit der Ansetzung einer Nachfrist nicht gerechnet werden kann und dass auf den Rekurs nicht eingetreten wird, sofern das Geforderte nicht nachgereicht wird.

c) Es ist nicht statthaft - und entspricht im Übrigen auch nicht der Praxis der Baudirektion -, bei dieser Sachlage eine zweite Nachfrist zu gewähren. Vielmehr hat in diesem Fall ein Entscheid durch die Rekursbehörde zu erfolgen (*vgl. Schär, N. 24 zu Art. 22*).

4. Aus der Rekurseingabe geht nicht klar hervor, welche Absicht der Rekurrent damit verfolgt. In seinem ursprünglichen Baugesuch möchte er neben der bestehenden Garage eine zweite bauen, währenddem er in seinem Rekurs von einer Doppelgarage schreibt und zudem einen Plan einreicht, welcher sich von der ersten Baueingabe - auf welche sich auch der Entscheid des Planungsamtes stützt - deutlich unterscheidet. Der Rekurrent erklärt sodann in seinem Schreiben, die Doppelgarage werde genau nach den Vorschriften des Planungsamtes gebaut. Diese Aussage scheint sich auf das Schreiben des Planungsamtes vom 27. August 2002 zu beziehen. Dieses Schreiben kann indessen nicht als Bewilligung für eine Doppelgarage betrachtet werden. Zudem kann die Baudirektion nicht neue Eingaben beurteilen, sondern überprüft als Rechtsmittelinstanz vorinstanzliche Entscheide auf ihre Rechtmässigkeit hin. Streitgegenstand in diesem Verfahren kann daher nur das im Baugesuch projektierte Vorhaben und nicht der im Rekursverfahren eingereichte Plan sein. Die Rekurseingabe enthält somit weder Anträge noch Begründung zur Überprüfung des Entscheides des Planungsamtes.

5. (Ausführungen zur Gebührenfestsetzung durch die Vorinstanz.)

6. Zusätzlich dazu, dass die formellen Voraussetzungen von Antrag und Begründung fehlen, welche wesentlich für die Bestimmung des Streitgegenstandes sind, wurde wie bereits erwähnt auch die angefochtene Verfügung nicht beigelegt und es liegt auch keine Originalunterschrift vor. Die Baudirektion wäre wohl auf die Angelegenheit

eingetreten, wenn die erforderlichen Ergänzungen noch nachgereicht worden wären. Da sich der Rekurrent weigert, trotz Hinweis und Androhung der Folgen seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen, rechtfertigt sich ein Nichteintretensentscheid (vgl. Art. 10 Abs. 4 VRPG).

Entscheid der Baudirektion vom 08.01.2003

1392

Verfahren. Ein „Anzeiger“, welcher zugleich einspracheberechtigter Anstösser ist, ist zur Erhebung von Rechtsmitteln befugt.

1. a) Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Rekursvoraussetzungen ergibt, dass diese in Zusammenhang mit der Rekurseingabe von P. G. sowohl hinsichtlich der Legitimation als auch in Bezug auf die Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind. Auf den Rekurs von P. G. ist folglich einzutreten.

b) P. G. bestreitet, dass R. S. zur Rekurerhebung legitimiert sei. Er begründet dies damit, dass Herr S. in den vorinstanzlichen Verfahren gar nie Partei gewesen sei, dass ihm der Rekursentscheid des Gemeinderates W. mithin unrechtmässigerweise zugestellt worden sei.

Ein direkter Anstösser hat in der Regel ein gesteigertes Interesse an der behördlichen Abklärung baurechtlich relevanter Vorgänge auf einem Nachbargrundstück, zumal er in aller Regel auch im Sinne von Art. 91 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (EG RPG, bGS 721.1) legitimiert ist, Einsprachen und Rechtsmittel zu ergreifen. Dieser Umstand gebietet es, eine Unterscheidung zu treffen zwischen direkten Anstössern und sonstigen Anzeigern. Vor diesem Hintergrund - und in Beachtung des Grundsatzes der Gewährung ausreichenden rechtlichen Gehörs gemäss Art. 12 und 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) sowie der selbständig geltenden Verfahrensgarantien von Art. 29 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) - ist einem "Anzeiger", dessen Grundstück direkt an die Parzelle des relevanten baurechtlichen Geschehens anstösst, die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zuzubilligen, "dem der nachmalige behördliche

Entscheid zu eröffnen ist und dem Rechtsmittel für die Überprüfung des Entscheides zur Verfügung stehen" (AGVE 1996 S. 516 ff.). Folgt seiner Anzeige ein Sachverhaltsermittlungs- und Entscheidvorbereitungsverfahren der zuständigen Behörde, so sind dem "Anzeiger" die Verfahrensrechte, insbesondere jenes auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und auf Akteneinsicht, zuzugestehen (ARGVE 1996 S. 518).

Diese Grundsätze haben, übertragen auf die hier strittige Legitimationsfrage, zunächst die Auswirkung, dass Herr R.S. zur Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den Rekursentscheid des Gemeinderates W. vom 7./28. Januar 2003 berechtigt und damit zum Rekursverfahren vor Baudirektion zuzulassen ist. Da die weiteren formellen Voraussetzungen ebenso erfüllt sind, ist auf seinen Rekurs einzutreten.

Entscheid der Baudirektion vom 08.08.2003

Eine gegen diesen Entscheid der Baudirektion gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zur Zeit noch hängig.

1393

Falsche behördliche Zusicherung. Sofern sich die Auskunft gebende Behörde bei ihrer Zusicherung auf einen falschen Sachverhalt stützt, entsteht in der Regel kein Vertrauenstatbestand. Die behördliche Auskunft muss kausal für die getroffene nachteilige Disposition sein.

5. a) Schliesslich macht der Rekurrent geltend, dass er vom Planungsamt telefonisch einen positiven Bescheid bezüglich der Bewilligung erhalten habe. Die Bewilligung sei in der Folge jedoch auf Intervention der Gemeinde hin verweigert worden. Dies wird weder vom Planungsamt noch vom Gemeindebauamt Herisau bestritten. Allerdings erläutert das Planungsamt zusammengefasst, dass die telefonische Äusserung des Planungsamtes im positiven Sinne in Unkenntnis der Baubewilligung von 1982 aufgrund der bis dahin zur Verfügung gestandenen Unterlagen erteilt worden sei. Die Gemeindebehörde führt zudem aus, dass sie interveniert habe, da die Erweiterung aus dem Jahre 1982 nicht in die Flächenberechnung miteinbezogen wor-

den sei. Zudem sei der Grundeigentümer des Bauens nicht unkundig und hätte wissen müssen, dass vor Baubeginn eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegen müsste. Ein Anspruch auf Bewilligung könne nicht abgeleitet werden.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht der aus Art. 9 der Bundesverfassung (BV; SR 101) fließende Grundsatz von Treu und Glauben dem Bürger einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörde (BGE 117 Ia 285 E. 2b, mit Hinweisen). Eine (selbst unrichtige) Auskunft oder Zusicherung, welche eine Behörde dem Bürger erteilt und auf die er sich verlassen hat, ist unter gewissen Umständen bindend. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass sich die Angaben der Behörde auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit beziehen, dass die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, hierfür zuständig war, dass der Bürger die Unrichtigkeit des Bescheids nicht ohne Weiteres hat erkennen können und dass er im Vertrauen auf die Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat. Zudem ist die Auskunft nur soweit verbindlich, wie sie sich auf den der Behörde bekannten Sachverhalt stützt. Ändert sich die tatsächliche Situation, so hat die Behörde den neuen Sachverhalt zu beurteilen und ist an ihre frühere Beurteilung nicht mehr gebunden (vgl. Häfelin/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2002, N. 692).

Vorliegend durfte der Rekurrent grundsätzlich darauf vertrauen, dass der raumplanerische Entscheid positiv ausfallen würde. Die Auskunft betraf einerseits ein konkretes Baugesuch und wurde andererseits von der für den raumplanerischen Entscheid zuständigen Behörde erteilt. Zudem war die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennbar. Dennoch kann der Rekurrent daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die positive Beurteilung erfolgte aufgrund der Annahme, dass die Nutzung der angebauten Scheune als Wohnraum bereits vor dem 1. Juli 1972 bestand. Das Planungsamt ging bei der Beurteilung somit von einer falschen tatsächlichen, sich aus den eingereichten Plänen ergebenden Situation aus. Nachdem die Gemeindebehörde weitere Unterlagen über die tatsächlichen Verhältnisse zur Verfügung stellte, erkannte das Planungsamt seinen Irrtum und beurteilte das Baugesuch aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten neu. Dabei war es nicht mehr an seine frühere Beurteilung gebunden.

Selbst wenn dem nicht so wäre, könnte sich der Rekurrent nicht auf sein Vertrauen in die behördliche Auskunft stützen. Die Änderung und Umnutzung des Dachraumes wurde bereits vor Einreichen des Baugesuches vorgenommen und nicht erst auf die Zusicherung des Planungsamtes hin. Die Zusicherung erweist sich somit nicht als ursächlich für die vom Rekurrenten vorgenommenen Investitionen. Diese hat er auf eigenes Risiko ohne Bewilligung getätigt und muss somit auch die Folgen einer allfälligen Verweigerung tragen. Sein Vertrauen in die behördliche Auskunft fände dann Schutz, wenn ihm daraus ein Nachteil erwachsen wäre. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Fehlt es an der Kausalität zwischen der getroffenen Investition und der behördlichen Auskunft, entsteht kein Anspruch auf Vertrauensschutz (vgl. Häfelin/Müller, N. 686 f.). Der Rekurrent kann sich deshalb nicht mit Erfolg auf die vom Planungsamt erteilte Auskunft berufen.

Entscheid der Baudirektion vom 21.05.2003

Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtsentscheid ist noch nicht rechtskräftig.

1394

Bewilligungsverfahren. In begründeten Fällen ist ein Rekurs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Abbruchverfügung setzt in der Regel vorgängig ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren voraus. Pflichten der Behörden und des ohne Bewilligung Bauenden.

5. Nach Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsrechtspflege (VRPG; bGS 143.5) hat der Rekurs im ausserrhodischen Verfahrensrecht reformatorischen Charakter, was bedeutet, dass die Rekursbehörde den materiellen Entscheid in der Rekursangelegenheit selbst fällt. Indes kann die Rekursbehörde gestützt auf Art. 41 Abs. 2 auf einen Entscheid in der Sache verzichten, die Angelegenheit zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückweisen und dieser konkrete Weisungen erteilen. Voraussetzung dafür ist, dass der Sachverhalt von der Vorinstanz ungenügend abgeklärt wurde oder die angefoch-

tene Verfügung unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist. Bei der Prüfung der vorliegenden Abbruchverfügung durch die Vorinstanz wurden weder die materielle Baurechtswidrigkeit der abzubrechenden Bauteile noch die Verhältnismässigkeit bzw. der Vertrauensgrundsatz berücksichtigt. Entsprechende Abklärungen in sachverhaltlicher Hinsicht wurden ebenfalls nicht vorgenommen. Aus diesen Gründen erscheint es tunlich, die Angelegenheit an die Vorinstanz bzw. die Baukommission zurückzuweisen.

6. Der Rekurrent wird darauf hingewiesen, dass ihn eine Mitwirkungspflicht trifft. Zwar hat die Baubewilligungsbehörde die Pflicht, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Untersuchungsgrundsatz), doch findet diese ihr Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Die Baubewilligungsbehörde hat allein zu prüfen, ob die widerrechtlich erstellten Bauteile bewilligt werden können, sie ist jedoch nicht verpflichtet, die Unterlagen dahingehend zu überprüfen, ob die Baute oder Anlage durch bauliche Massnahmen in ein materiell rechtmässiges Objekt umgestaltet werden kann, wenn die baulichen Massnahmen einer ordentlichen Baubewilligung bedürfen. Das bedeutet, dass die Baukommission, sollte sie zum Ergebnis kommen, dass die erstellten Bauten nicht bewilligt werden können, deren Abbruch verfügen kann (unter Vorbehalt der Einhaltung der übrigen Voraussetzungen). Will der Rekurrent hingegen seine Bauten mittels baulichen Massnahmen in einen bewilligungsfähigen Zustand überführen, hat er selbst darum besorgt zu sein.

Im einzelnen hat die Baukommission demnach vom Rekurrenten vorderhand ein nachträgliches Baugesuch für die *ohne Bewilligung erstellten Bauteile* einzufordern mit der Androhung, dass bei nicht fristgerechter Einreichung die nötigen Baugesuchsunterlagen auf seine Kosten von Dritten hergestellt werden. In der Folge, d.h. nach Einreichung des Baugesuchs oder deren Herstellung durch Dritte, prüft sie die Bauten auf deren materielle Rechtmässigkeit. Kommt sie zum Schluss, dass die erstellten Bauteile oder einzelne davon nicht nachträglich bewilligt werden können, klärt sie ab, ob die materiell und formell widerrechtlichen Baute oder Bauteile abzubrechen sind unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzip und des Grundsatzes von Treu und Glauben. Sie bezeichnet die einzelnen abzubrechenden Teile genau und verfügt deren Abbruch innert angemessener Frist unter Androhung der Ersatzvornahme. Erweist sich der Abbruch

als unverhältnismässig oder verstösst ein solcher gegen Treu und Glauben, hat die Baukommission auf den Abbruch zu verzichten. Er gibt hingegen bereits die materiellrechtliche Beurteilung, dass die Bauten und Bauteile den Bauvorschriften entspricht, erteilt sie die Bewilligung.

Entscheid der Baudirektion vom 11.08.2003

1395

Baubewilligungspflicht. Terrainveränderungen in Kombination mit Stützmauern. Anwendung des neuen Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG)

2. a) Am 1. Januar 2004 traten das neue Gesetz über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG, bGS 721.1) sowie die dazugehörige Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) in Kraft, welche das bis dahin geltende Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 28. April 1985 (EG zum RPG) und die dazugehörige Verordnung über die Baubewilligungspflicht und –verfahren sowie über das Bauen ausserhalb der Bauzonen (altBauverordnung, altBauV) ersetzen.

Gemäss Artikel 124 BauG sind auf laufende Verfahren die neuen Bestimmungen anwendbar. Es stellt sich somit die Frage, ob das Inkrafttreten des neuen Baugesetzes für die Beurteilung der strittigen Angelegenheit Konsequenzen zeitigt. Dies betrifft insbesondere die Problematik, ob die ausgeführten Arbeiten sowohl nach neuem Baugesetz als auch nach altem EG zum RPG bewilligungspflichtig sind bzw. waren. Bezüglich der materiellen Beurteilung des ausgeführten Bauvorhabens haben die neuen Bestimmungen soweit ersichtlich keine wesentlichen Änderungen zur Folge.

b) Vorliegend bilden Gegenstand des Verfahrens die nachträglich nicht bewilligten Terrainveränderungen von ca. 260 m² und die Erstellung der Stützmauer von ca. 0.90 m Höhe. Nicht zur Diskussion gestellt ist der nachträglich bewilligte Parkplatz. Das Bauvorhaben liegt ausserhalb der Bauzone in der Landwirtschafts- und zusätzlich in einer Landschaftsschutzzone (vgl. den Zonenplan der Gemeinde T.

sowie den Kantonalen Schutzzonenplan vom 16. April 1991 [Stand 31. Dezember 2002]).

Die vorgenommenen Terrainveränderungen und die dafür erstellten Stützmauern waren nach bisherigem Recht bewilligungspflichtig. Denn einmalige Terrainveränderungen über einer maximalen Differenz von 1.20 m zum gewachsenen Terrain und einer Bodenfläche von 100 m² waren bewilligungspflichtig (vgl. Art. 4 lit. c altBauV e contrario). Soweit mit solchen bewilligungspflichtigen Terrainveränderungen auch die Errichtung von Stützmauern verbunden waren, waren auch diese der Bewilligungspflicht unterstellt, selbst wenn die Stützmauern eine Höhe von 1.20 m nicht überschritten haben (vgl. Art. 4 lit. e altBauV, wonach Mauern und geschlossene Einfriedungen, welche eine Höhe von 1.20 m nicht überschreiten, keiner Baubewilligung bedurften; so auch unverändert Art. 39 lit. e BauV). Denn Bauvorhaben waren (und sind) in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Artikel 39 Abs. 2 lit. f BauV ändert vorliegend nichts. Gemäss genannter Bestimmungen sind *ausser in Schutzzonen* Terrainveränderungen ausserhalb der Bauzone bis zu einer Bodenfläche von höchstens 500 m² bewilligungsfrei. Die vorgenommenen Terrainveränderungen und die strittige Stützmauern liegen indes wie erwähnt in der Landschaftsschutzzone, mithin in einer Schutzzone, weshalb die maximale bewilligungsfreie Bodenfläche gemäss Art. 39 Abs. 2 BauV keine Anwendung findet. Darüber hinaus ist nach neuem Recht auch die Kombination mehrerer bewilligungsfreier Bauten und Anlagen grundsätzlich bewilligungspflichtig (Art. 39 Abs. 5 BauV), so dass die ausgeführten Arbeiten selbst dann bewilligungspflichtig wären, wenn die strittige Terrainveränderung und die erstellte Stützmauer nicht in einer Schutzzone liegen würden. Somit ergibt sich, dass das hier zu beurteilende Bauvorhaben sowohl nach altem Recht der Bewilligungspflicht unterstellt war als auch nach neuem Recht dieser unterstellt ist.

Entscheid der Baudirektion vom 21.012004

1396

Baubewilligung. Zulässigkeit einer befristeten Baubewilligung.

9. Bezüglich der Beleuchtung des Gebäudes auf der West- und Ostseite hat das Planungsamt offen gelassen, ob deren Auswirkungen das Ortsbild stören, hat aber ein solches Leuchtkonzept als zeitlich befristeten Versuchsbetrieb zugelassen. Die Frage stellt sich, ob es dies durfte.

a) Grundsätzlich hat der Bauwillige Anspruch auf eine (ordentliche) Baubewilligung, wenn sein Bauvorhaben dem Zweck der Nutzungszone entspricht, das Land erschlossen ist und die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts eingehalten sind (vgl. Art. 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG; SR 700]; vgl. auch *Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Zürich 1999, N. 523, sowie Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, N. 5 zu §152*), und ist eine solche in der Regel definitiv zu erteilen. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ist aber die (provisorische) Erteilung einer Bewilligung baupolizeilich nicht unstatthaft, sofern sich eine solche auf zureichende Gründe stützen kann. Ein solcher Grund kann beispielsweise sein, dass eine genügend gesicherte Grundlage für den Entscheid noch fehlt, aber anzunehmen ist, dass sie nach einer gewissen Testzeit vorliegt (vgl. AGVE 1984, Nr. 45, S. 376 ff.). Dies folgt schon aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Möglichkeit, eine Bewilligung mittels Bedingungen und Auflagen zu versehen.

b) Das Planungsamt hat in seinem Entscheid grosse Vorbehalte über die Wirkung der Beleuchtung, die Beeinträchtigung des Ortsbildes und zur Verkehrssicherheit angebracht. Soweit sich die Vorinstanz für die Erteilung einer provisorischen Bewilligung auf ein allfälliges zukünftiges Beleuchtungskonzept stützt, ist ihr nicht ohne Bedenken zuzustimmen. Allein mit der Aussicht, dass ein solches Konzept in Zukunft realisiert wird, lässt sich eine (definitive) Bewilligung kaum verweigern. Indes bezweckt das Planungsamt auch, in dieser Phase nach Möglichkeit Fragen der Beleuchtungsstärke und weitere Details abzuklären. Mithin erachtet es damit die Entscheidungsgrundlagen als noch nicht gegeben. In der Tat lässt die Art der Beleuchtung (Winkel, Lichtstärke etc.) verschiedene Varianten zu, welche je nach Verlauf der Testphase eine definitive Beurteilung zulassen, im jetzigen Zeit-

punkt aber noch keine solche erlauben. Da selbst der Vertreter der Rekurrentin anlässlich der Einspracheverhandlung einen Versuchsbetrieb ausdrücklich als gangbaren Weg bezeichnete, ist das Vorgehen des Planungsamtes nicht zu beanstanden. Soweit die Rekurrentin die Beleuchtungskörper ohne (formelle) Bewilligung oder gestützt auf die provisorische Bewilligung einbauen liess, hat sie das Risiko, diese zu entfernen, selbst zu tragen. Es wäre ihr ohne Zweifel offen gestanden, auf den Einbau zu verzichten. Der Rekurs ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

Entscheid der Baudirektion vom 16.07.2003

1397

Bauen ausserhalb Bauzone. Kriterien für die Bestimmung des „weitgehend überbauten Gebiets“ nach Artikel 15 Bst. a RPG

2. Das Verwaltungsgericht hat mit Entscheid vom 6. September 2000 festgestellt, dass der Bebauungsplan H. jedenfalls nach dem 1. Januar 1988 mit Bezug auf die Umschreibung des Baugebietes seine Gültigkeit verloren habe (VerwGE vom 6. September 2000, S. 11), mit der Folge, dass die Bauzone bis zum Erlass eines mit dem Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) konformen Zonenplanes auf das weitgehend überbaute Gebiet beschränkt bleibt (vgl. VerwGE vom 6. September 2000, S. 12). Der durch den Rekurrenten vorgesehene Bauplatz lag nach dem erwähnten Bebauungsplan wohl in der Bauzone, und es ist nach dem derzeitigen Stand der Dinge auch vorgesehen, dass er mit dem neuen, in Revision befindlichen Zonenplan wieder in dieselbe zu liegen kommt. Im heutigen Zeitpunkt jedoch besteht für die Gemeinde H. - entgegen der Ansicht des Rekurrenten - kein rechtsgültiger Zonenplan, und damit gilt lediglich als in der Bauzone liegend, was im Sinne von Art. 15 RPG zum weitgehend überbauten Gebiete zu zählen ist (vgl. auch Art. 36 Abs. 3 RPG).

Vorliegend stellt sich also primär die Frage, ob die zur Bebauung vorgesehene Parzelle Nr. XX im weitgehend überbauten Gebiet gemäss Art. 15 RPG liegt - wie dies der Rekurrent und die Gemeinde

geltend machen -, oder aber ob dem nicht so ist, wie dies das Planungsamt zur Begründung des Bauabschlags herangezogen hat.

3. a) Um der Klarheit willen zunächst zu klären ist, wie es sich mit dem während des Verfahren öfters erwähnten "schwarzen Strich" verhält. Nach den am Augenschein gemachten Aussagen handelt es sich dabei um die durch das Planungsamt und die Gemeindebehörden resp. deren Planungsbüro festgelegte pauschale Umgrenzung des weitgehend überbauten Gebiets. Der entsprechende Plan ist nicht öffentlich aufgelegt und weist folglich keine Rechtsverbindlichkeit auf. Die generelle Abgrenzung von weitgehend überbautem und nicht weitgehend überbautem Gebiet hatte und hat nach Auskunft der Beteiligten den Zweck, nicht in jedem einzelnen Fall einer Baugesuchseinreichung in H. in langwierigen Verfahren entscheiden zu müssen, ob es sich um einen Baustandort innerhalb oder ausserhalb der Bauzone handelt. Dementsprechend misst die Baudirektion dem Umstand, dass das hier interessierende Grundstück Nr. XX ausserhalb dieses "schwarzen Striches" liegt, keine entscheidrelevante Bedeutung zu, im Gegenteil, die Direktion entscheidet an dieser Stelle frei über die Zonenzugehörigkeit des geplanten Bauplatzes.

b) Zur Frage, wie der Begriff des "weitgehend überbauten Gebietes" gemäss Art. 15 Bst. a RPG zu verstehen sei, hat sich das Bundesgericht in den letzten Jahren in konstanter Praxis geäussert. Nach Auffassung des Gerichts ist der Begriff eng auszulegen, im Wesentlichen kann es sich dabei nur um den geschlossenen Siedlungsbereich mit eigentlichen Baulücken handeln. Dabei sind als Baulücken einzelne unüberbaute Grundstücke zu verstehen, die unmittelbar an das überbaute Land angrenzen, in der Regel bereits erschlossen sind und eine relativ geringe Fläche aufweisen. Entsprechende Gebiete müssen zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören, an der Siedlungsqualität teilhaben und von der bestehenden Überbauung so stark geprägt sein, dass sinnvollerweise nur ihre Aufnahme in die Bauzone in Frage kommt (BGE vom 16. April 2002, 1A.159/2001, wiedergegeben in ZBI 2002 658 ff., S. 660, mit weiteren Hinweisen).

c) Die fragliche Parzelle Nr. XX liegt im spitzen Winkel zwischen der Gemeindestrasse Sch. (Gemeinde H.) – W. (Gemeinde L.) auf der Nordwestseite und einem bekiesten, in Richtung T. führenden 4.-Klass-Fahrweg auf der südöstlichen Seite. Nordwestlich des Grundstücks, bergseitig der Strasse nach W., befinden sich drei bestehende Einfamilienhäuser, während südlich davon, weiter in Richtung Bahn-

hof Sch., ein kleines Quartier, erschlossen durch den Sch.weg, liegt. Weiter östlich, unterhalb des erwähnten 4.-Klass-Weges, befinden sich keine weiteren Bauten mehr. Für eine Qualifikation der fraglichen Parzelle als dem weitgehend überbauten Gebiet zugehörend spricht, dass die Parzelle nach den Ausführungen der Gemeindevertreter und des Rekurrenten anlässlich des Augenscheins als erschlossen gelten darf. Zu beachten ist aber gleichzeitig, dass die bestehenden Erschliessungseinrichtungen zur Erschliessung der weiter in Richtung T. liegenden Liegenschaften dienen, und eher zufällig noch die Parzelle Nr. XX erschliessen. Während auch die Parzellengrösse nicht gegen eine Zuordnung zum weitgehend überbauten Gebiet spricht, kann dennoch nicht von einer eigentlichen Baulücke gesprochen werden. Wie sich die Situation vor Ort präsentiert, weist der Bereich zwischen den beiden oben erwähnten Strassen nämlich einen geradezu eigenständigen, in Richtung W. verlaufenden Charakter auf. Mit anderen Worten: Es ist durchaus möglich - und raumplanerisch im Sinne der Freiraumplanung auch erwünscht -, dass lediglich der unterhalb des 4.-Klass-Weges gelegene Bereich bis zu einer bestimmten Tiefe und Ausdehnung der Bauzone zugeschrieben wird. Es ist nicht so, dass - wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung dies fordert -, dass beim fraglichen Gebiet "sinnvollerweise nur eine Aufnahme in die Bauzone in Frage kommt" (vgl. oben Erw. 3c). An dieser Beurteilung vermag auch nichts zu ändern, dass die Parzelle Nr. XX sowohl nach dem alten Bebauungsplan wie auch nach dem derzeitigen Revisionsstand der Bauzone zugehörig ist. Betrachtet man nämlich die unmittelbar nordostwärts angrenzende Parzelle Nr. YY, so erhellt, dass diese nach dem Bebauungsplan von 1985 zur Bauzone gehört hat, dass dies jedoch in den ersten Revisionsentwürfen (z.B. Vorprüfungsplan vom 1. Dezember 2001) überhaupt nicht mehr und nach dem aktuellen Stand (Auflageplan vom 16. Juli 2002) nur sehr beschränkt der Fall ist. Auch die Gemeinde schien bis dato nicht davon auszugehen, dass die Parzelle Nr. XX dem weitgehend überbauten Gebiet zuzuschlagen ist, weist der Gemeinderichtplan vom 23. Mai 2000 in der Festlegung Nr. S 3.3/1 das Gebiet Sch. doch dem Status "Reduktion des Wohnbaulandes einleiten" zu und qualifiziert der Plan zur "Übersicht über den Stand der Erschliessung" der Gemeinde H. vom 27. Oktober 1998, nachgeführt am 4. Februar 2000, das fragliche Grundstück wohl als baureif, jedoch ausdrücklich nicht als dem "überbauten / weitgehend überbauten Gebiet" zugehörig.

Damit ist mit der Vorinstanz einig zu gehen: Das Grundstück Nr. XX kann - gemessen an den vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien zu Art. 15 Bst. a RPG - nicht als dem weitgehend überbauten Gebiet zugerechnet werden, ohne Bundesrecht zu verletzen. Damit ist auch die Entscheidung des Planungsamtes, dem Vorhaben die Bewilligung zu versagen, als rechters zu beurteilen, scheidet doch eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG mangels Standortgebundenheit zum Vornherein aus. Damit ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen und der Rekurs vollumfänglich abzuweisen.

Entscheid der Baudirektion vom 11.08.2003

1398

Bauen ausserhalb Bauzone. Für den Abbruch und Wiederaufbau sind mit der Änderung des eidgenössischen Gesetzes über die Raumplanung allein die bundesrechtlichen Vorschriften massgebend.

3. Das Planungsamt verweigerte den Abbruch und Wiederaufbau grundsätzlich mit der Begründung, es fehle am Nachweis des Interesses an einer ununterbrochenen Nutzung. Dabei stützt es sich insbesondere auf die kantonale Bestimmung von Artikel 80 Absatz 3 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (EG zum RPG; bGS 721.1), wonach der Wiederaufbau nur bei nicht mehr sanierbaren Bauten oder durch Elementargewalt, Feuer oder Explosion zerstörten Bauten und Anlagen zulässig ist, die bis fünf Jahre vor dem Abbruch oder der Zerstörung benutzt und ordentlich unterhalten wurden.

Vorab ist zu klären, ob und bejahendenfalls inwieweit die genannte kantonale Bestimmung überhaupt noch Geltung beanspruchen kann. Denn mit der Revision des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 701), in Kraft seit 1. September 2000, wird die Bestandegarantie vollumfänglich durch Bundesrecht geregelt, während nach altem Recht bloss Erneuerungen, teilweise Änderungen und der Wiederaufbau zonenfremder Bauten zulässig waren, *sofern und soweit* es das kantonale Recht überhaupt erlaubt hat, und unter Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung.

Mithin lag es nach altem Recht in der Kompetenz der Kantone, den Abbruch und Wiederaufbau zonenfremder Bauten im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 aRPG vollumfänglich, nur beschränkt oder überhaupt nicht zuzulassen. Davon hat der Kanton Appenzell A.Rh. mit Art. 80 Abs. 3 EG zum RPG Gebrauch gemacht, aber im hier interessierenden Bereich den Wiederaufbau beschränkt auf nicht mehr sanierbare Bauten, die bis fünf Jahre vor dem Abbruch benutzt oder ordentlich unterhalten wurden. Mit der Revision ist es indes den Kantonen nicht mehr möglich, strengere Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Erneuerungen, teilweisen Änderungen oder den Wiederaufbau zu schaffen, als dies das Bundesrecht vorsieht. Dies hat zur Konsequenz, dass Art. 80 Abs. 3 EG RPG nicht herangezogen werden kann, soweit nach der heute geltenden bundesrechtlichen Regelung der Abbruch und Wiederaufbau bewilligt werden kann. Folglich ist zu prüfen, ob der Abbruch und Wiederaufbau von Bundesrecht wegen erlaubt ist. Ist dies zu bejahen, kann eine Verweigerung nicht auf die kantonale Bestimmung gestützt werden.

4. Bereits unter der Herrschaft des alten Rechts waren die Begriffe Erneuerung, Änderung und Wiederaufbau solche bundesrechtlicher Natur, so dass die diesbezügliche Rechtsprechung beigezogen werden kann. Zudem stimmen die heutigen bundesrechtlichen Regelungen von Art. 24c RPG und Art. 42 Abs. 4 der Raumplanungsverordnung (RPV, SR 700.1) mit der bisherigen Rechtsprechung weitestgehend überein.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 2 aRPG kommt der Wiederaufbau einer abgebrochenen oder zerstörten Baute ausserhalb der Bauzone nur in Betracht, wenn das alte Bauwerk im Zeitpunkt seines Untergangs noch bestimmungsgemäss nutzbar war und an seiner weiteren Nutzung ein ununterbrochenes Interesse besteht (vgl. BGE 127 II 209 mit Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 7. März 1994, in: ZBI 96/1995 S. 186 E. 3b; vgl. auch Art. 42 Abs. 4 RPV). Sowohl die Erneuerung, die Änderung als auch der Wiederaufbau sind auf Substanzerhaltung ausgerichtet (vgl. BGE 110 Ib 141 ff. insb. Erw. 3b).

Vorausgesetzt ist demnach zum Einen, dass die abzubrechende Baute noch bestimmungsgemäss nutzbar ist. Dies bedeutet, dass von einem zulässigen Wiederaufbau dann nicht gesprochen werden kann, wenn eine Baute im Laufe der Zeit unbrauchbar oder abbruchreif geworden und deshalb nicht mehr bestimmungsgemäss nutzbar ist. Zum

Anderen muss der Eigentümer ein ununterbrochenes Interesse an der bestimmungsgemässen Nutzung seiner Baute nachweisen, um von der Bestandesgarantie zu profitieren. Ein solcher Nachweis fehlt evidentermassen beispielsweise, wenn eine Wohnbaute für Wohnzwecke nicht mehr unterhalten wird und im aktuellen Bauzustand dafür nicht mehr nutzbar ist. Anders als das kantonale Recht kennt indes weder die Rechtsprechung noch das Bundesrecht eine (starre) Frist, von welcher der Nachweis eines ununterbrochenen Interesses abhängt. Vielmehr ist ein solcher Nachweis im Einzelfall nach objektiven Kriterien, zu denen freilich auch die Dauer der nicht mehr bestimmungsgemässen Nutzung gehören kann, zu prüfen. Der Hinweis, dass in Anwendung von Art. 80 Abs. 3 EG RPG die Baute seit mehr als fünf Jahren nicht bewohnt wurde, greift folglich zu kurz. Insoweit kann nicht unbesehen auf die Fünf-Jahresfrist der kantonalen Bestimmung abgestellt werden, wie dies das Planungsamt tut.

Entscheid der Baudirektion vom 19.12.2003

1399

Ästhetikvorschriften. Bei der Auslegung von kommunalen Ästhetikvorschriften auferlegt sich die Baudirektion eine gewisse Zurückhaltung.

5. a) Die Gestaltung der Siedlungen, Bauten und Anlagen ist eines der Anliegen, auf welches die Behörden bei der Erfüllung ihres Raumplanungsauftrages Rücksicht zu nehmen haben. Insbesondere haben die mit Planungsaufgaben Betrauten darauf zu achten, dass sich Bauten und Anlagen in die Landschaft einordnen, was dann der Fall ist, wenn sich einerseits die einzelnen Bauwerke in sie einordnen, andererseits Einzelbauten untereinander ein ausgewogenes Siedlungsbild ergeben (Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG; SR 700; *EJPD/BRP, Erläuterungen zum RPG, N. 31 zu Art. 3*). In diesem Sinne bestimmt Art. 77 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Raumplanung (EG zum RPG; bGS 721.1), dass sich Bauten und Anlagen so in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einzufügen haben, dass eine gute

Gesamtwirkung entsteht (Einordnungsgebot); sie dürfen das Orts-, Quartier- und Landschaftsbild nicht wesentlich beeinträchtigen (Beeinträchtigungsverbot).

Daneben sind auch die Gemeinden befugt, eigene Gestaltungsvorschriften zu erlassen. Dies ergibt sich aus Art. 25 Abs. 2 lit. e EG zum RPG, wonach die Gemeinden in ihren Baureglementen Bestimmungen über "Anforderungen an die architektonische Gestaltung" erlassen dürfen. Das kantonale Recht lässt mithin den Gemeinden im Bereich der Gestaltung einen geschützten Autonomiebereich. Dies ermöglicht den Gemeinden unter anderem, auf ihre eigenen örtlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen und lokale öffentliche Interessen im Bereich des Bauwesens zu wahren. Inhaltlich müssen diese Bestimmungen über die kantonalen Vorschriften, die als Grundanforderung zu betrachten sind, welchen jedes Bauvorhaben zu genügen hat, hinausgehen, damit ihnen selbständige Bedeutung zukommt. Gleichzeitig haben sie sich als verfassungs- und verhältnismässig zu erweisen. In diesem Sinne bestimmt Art. 56 der Bauordnung (BO) der Gemeinde H. vom 7. Februar 1984, dass alle Bauten und Anlagen, inklusive der Umgebungs- und Strassenraumgestaltung, sich in bezug auf ihre Gesamtwirkung, insbesondere Bedachung, Form und Gliederung der Baumassen, Wirkung von Materialien und Farbe, Stellung und Grösse der Bauten, Bepflanzung, etc. so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzugliedern haben, dass eine gute Einpassung in das Orts-, Strassen- und Landschaftsbild erreicht wird.

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

BGE 116 Ia 227, 113 Ia 194f.). Eine blosser Willkürprüfung würde nicht ausreichen (vgl. BGE 115 Ia 6ff.).

Bei der Anwendung von Art 56 BO steht der Gemeinde eine erhebliche Ermessensfreiheit, wie oben erwähnt, zu. Die Rekursinstanz hebt folglich den Entscheid des Gemeinderats nicht ohne weiteres auf, es sei denn, es würde ein offensichtlicher Ermessensmissbrauch vorliegen. Der Gemeinderat hat in seinem Entscheid begründet und dargelegt, weshalb er die gewünschte Farbe nicht bewilligt. Er hat erläutert, warum die gewollte farbliche Gestaltung keine befriedigende Wirkung mit der konkreten Umgebung des „A.“ ergibt und ausgeführt, dass an derselben Strasse Farbtöne zwischen gelblich-braun über beige-grau, dunkelbraun bis hellgrau dominierten. Ihm geht es dabei primär um den Schutz des Ortsbilds, wozu eine geordnete farbliche Fassadengestaltung zählt. Der Entscheid des Gemeinderats erscheint aus diesen Gründen vertretbar. Ein Ermessensmissbrauch ist in der betreffenden Angelegenheit nicht ersichtlich.

Entscheid der Baudirektion vom 19.12.2003

1400

Ortsbildschutzzone von nationaler Bedeutung. Sanierungen in Ortsbildschutzzonen haben sich an die bestehenden Bauten insbesondere in Bezug auf die Fassadengliederung sowie Materialien und Farben der Fassaden anzupassen.

2. Materiell geht es um die Fassadensanierung eines Gebäudes, welches sich in der Ortsbildschutzzone von nationaler Bedeutung befindet. Streitig sind die vom Planungsamt verfügte Auflagen, wonach bei einer gesamthaften Sanierung der Westfassade ein Holzschindelschirm anzubringen und Holzfenster mit aussenliegender Sprossung sowie Schlagläden in Holz zu verwenden ist.

Der Rekurrent bringt vor, dass am betroffenen Haus kein schützenswerter Charakter zu erkennen sei und es sich bei der streitigen Fassade um die Wetterfassade handle, weshalb ihm das Anbringen eines Eternitschindelschirmes zu bewilligen sei. Auch sei das Anbringen von Holzfenstern und aussenliegenden Sprossen unverhältnis-

mässig. Zudem macht er eine Verletzung der Gleichbehandlung geltend, da am Nachbarhaus, welches früher mit seinem Haus zusammengebaut gewesen sei und sich in der gleichen Ortsbildschutzzone befände, ein Eternitschindelschirm bewilligt worden sei.

Das Planungsamt ist dagegen der Meinung, dass der Schutz des Ortsbildes im Vordergrund stehe, weshalb die Schutzwürdigkeit des betroffenen Einzelobjektes nur von untergeordneter Bedeutung sei. Beim benachbarten Grundstück sei eine Eternitfassade aufgrund der nicht prominenten Lage derselben bewilligt worden. Zugleich räumt es jedoch ein, dass ein Holzschindelschirm hätte verlangt werden müssen. Dagegen sei für die Fenster eine Einpassung bezüglich Ausmass, Materialien und Farbe an die bestehenden Giebelfenster verlangt worden.

3. Das streitige Gebäude befindet sich in der Ortsbildschutzzone von nationaler Bedeutung in der Gemeinde T., weshalb Art. 15 des Gesetzes über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 28. April 1985 (EG RPG; bGS 721.1) zu beachten ist. Die vom Planungsamt vorgesehenen Auflagen bedeuten indessen einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Ein solcher ist nur zulässig, wenn er sich auf eine gesetzliche Grundlage stützt, im öffentlichen Interesse erfolgt und verhältnismässig ist.

4. Gemäss Art. 15 EG RPG dienen Ortsbildschutzzonen dem Schutz besonders schöner, kulturgeschichtlich wertvoller Ortsbilder von nationaler Bedeutung. Dabei sollen die Proportionen und der ursprüngliche Charakter der wertvollen Bauten, Baugruppen und ihrer Umgebung sowie der Freiräume gewahrt bleiben (Abs. 2). Dies bedeutet indessen nicht, dass in der Ortsbildschutzzone keine baulichen Veränderungen vorgenommen werden dürfen. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus Abs. 3 derselben Bestimmung. Danach haben sich Umbauten und Renovationen an die bestehenden Bauten, insbesondere auch in Bezug auf die Fassadengliederung sowie Materialien und Farben für Fassaden anzupassen. Abweichende Lösungen dürfen nur bewilligt werden, wenn sie zumindest gleichwertig sind (Abs. 3). Sinn der Bestimmung ist die Erhaltung des Ortsbildes von nationaler Bedeutung und somit die Sicherstellung, dass keine störenden Elemente das Ortsbild beeinträchtigen. Art. 15 EG RPG stellt eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage dar, um Auflagen bezüglich Material und Farbwahl zu verfügen. Das Planungsamt hat als Auflagen insbesondere Holzfenster mit Holzfutter sowie Holzläden

und bei einer Gesamtsanierung das Anbringen eines Holzschindelschirmes verlangt. Diese Auflagen werden grundsätzlich von Art. 15 EG RPG gedeckt, weshalb sie eine genügende gesetzliche Grundlage aufweisen. Zu prüfen bleibt das öffentliche Interesse an den verlangten Auflagen und deren Verhältnismässigkeit.

5. Auflagen, welche dem Schutz des Ortsbildes dienen, liegen grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Mit dem Erlass der Ortsbildschutzzone T. hat der Gesetzgeber den Dorfkern von T. und die ihn umgebenden Häuser als kulturhistorisch wertvolle Gebäude bewertet, die in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenwirken gewahrt werden sollen. Das öffentliche Interesse, das kulturhistorisch wertvolle Ortsbild von T. vor Beeinträchtigung zu schützen, kann daher vorliegend nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, wie weit das öffentliche Interesse reicht bzw. welche Objekte Schutz verdienen und in welchem Ausmasse (vgl. BGE 115 Ia 370 E. 3a). Nur weil ein Einzelobjekt sich im Perimeter einer Schutzzone befindet, muss es nicht zwingend Teil des Schutzobjektes sein. Es ist durchaus möglich, dass es zur besonderen Qualität des Schutzobjektes gar nicht beiträgt (vgl. Bundesinventare, VLP, Bern 2000, S. 32). Hier ist dem Rekurrenten zuzugeben, dass sich am Haus mehrere stilfremde Bauteile finden, wie etwa der Anbau gegen Norden, der kleine Balkon oder die Südfassade. Seine Schutzwürdigkeit ergibt sich jedoch aus dem historisch baulichen Kontext und aus dem Zusammenwirken der gesamten, vom Ortsbildschutz erfassten Gebäudegruppe. Insbesondere die in Frage stehende Fassade ist von der Strasse her gut ersichtlich. Veränderungen am Gebäude können daher das schützenswerte Ortsbild beeinträchtigen. Die Forderung, für Umbauten und Renovationen grundsätzlich traditionelle Materialien zu verwenden, insbesondere auch für die Fassade einen Holzschindelschirm zu verwenden oder Holzfenster mit aussenliegenden Sprossen anzubringen, wie sie die umgebenden Häuser aufweisen, ist daher durchaus im öffentlichen Interesse, das Ortsbild vor Beeinträchtigungen zu schützen.

6. Im Sinne der Verhältnismässigkeit ist weiter zu prüfen, ob die verlangten Massnahmen geeignet und auch erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel, nämlich dem Schutz des Ortsbildes, stehen.

a) Die Verwendung von traditionellen Materialien, hier insbesondere der Verwendung von Holz, ist ohne Zweifel geeignet, den kultur-

historisch wertvollen Charakter der N.-gasse zu erhalten. Zudem ist das Haus selbst mit Holzfenstern mit Holzfutter und Schlagläden in Holz ausgestattet. Weiter wurde auch für das bereits früher bewilligte Garagentor die Verwendung von Holz und die Abstimmung der Farbe mit der Fassade verlangt (vgl. Protokoll vom 15. Juli 2003, S. 5). Seine Erscheinung weicht indessen von den anderen Häusern ab, finden sich doch mehrere stillfremde Bauteile. Insbesondere wurde für die Südfassade kein traditionelles Material verwendet. Überhaupt ist das Haus Nr. 137, welches früher mit dem Haus Nr. 138 zusammengebaut war, wohl etwa in den 60er/70er Jahren mit wenig Feingefühl für seinen historischen Kontext renoviert worden. Auch von seiner historischen Bedeutung her nimmt es einen eher unbedeutenden Platz ein, findet es doch in der Umschreibung des H. von Eugen Steinmann (*Eugen Steinmann, Die Kunstdenkmäler des Kantons Appenzell Auserrhoden, Bd. II, Basel 1980, S. 59 ff.*) keine Erwähnung. Trotzdem ist an die Anforderungen bei seiner Renovation ein hoher Massstab anzusetzen, um eine der kulturhistorisch wertvollen Erscheinung der Gebäudegruppe entsprechende und in seiner Gesamtwirkung befriedigende Eingliederung des Gebäudes zu erwirken. In diesem Sinne erscheint die verfügte Auflage bezüglich Holzschindelschirm grundsätzlich sowohl als geeignet als auch erforderlich, um dem Interesse am Ortsbildschutz gerecht zu werden.

Entscheid der Baudirektion vom 24.09.2003

1401

Umweltschutzrecht. Rechtmässigkeit der Grenzwerte gemäss Bundesverordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung

6. Die Rekurrenten zweifeln in materiell-rechtlicher Hinsicht generell die Rechtmässigkeit der Bundesverordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV, SR 814.710) an und verlangen eine konkrete Normenkontrolle. Im Speziellen rügen sie, die besonderen Schutzbedürfnisse von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit seien ignoriert worden, Art. 13 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG, SR 814.01) gehe von ebendieser erhöhten Emp-

findlichkeit und nicht von einer objektiven Empfindlichkeit aus, Schädigungen an elektrosensiblen Personen seien bereits Tatsache, Art. 11 Abs. 2 USG werde durch die Behörden über den Schutzzweck der BV und des USG gestellt und schliesslich, die Vorinstanzen hätten die Menschenrechte der Rekurrenten in deren Kerngehalt verletzt.

a) Vorab ist auf den ausserdem vorgebrachten Einwand der Rekurrenten einzugehen, dass in H. an einer weiteren Mobilfunkanlage gar kein öffentliches Interesse bestehe. Sind alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften – etwa umwelt- und bauordnungsrechtlicher Natur – eingehalten, verleiht dies der Gesuchstellerin einer Mobilfunkantennenanlage einen Anspruch auf Erteilung der erforderlichen Bewilligungen. Der Nachweis konkreten öffentlichen Interesses ist weder in der Fernmelde- noch in der Umweltschutz- und der Baurechtsgesetzgebung vorgesehen und kann daher von den Netzbetreiberinnen auch nicht verlangt werden.

b) Die Rekurrenten bemängeln implizit den Schutzzumfang der NISV und folgern daraus, die Verordnung hätte durch das Amt für Umweltschutz nicht angewandt werden dürfen. Als Resultat dieser Argumentation ersuchen sie um Durchführung einer konkreten Normenkontrolle. In unlängst ergangenen Entscheiden hat sich das Bundesgericht der Frage konkret angenommen, ob die NISV durch die Judikative zu korrigieren oder aber durch die rechtsanwendenden Behörden wie vorliegend anzuwenden sei. Es ist dabei im Leitentscheid BGE 126 II 402 ff. (vgl. auch die dementsprechenden, ausführlichen Begründungen im Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. März 2003, Nr. 2002/160 und 2002/161) zum unmissverständlichen Schlusse gelangt, dass der Bundesrat mit dem Erlass von Anlagegrenzwerten in der NISV den ihm zustehenden Spielraum bei der Umsetzung von Art. 13 USG nicht überschritten habe. Mithin wurde die NISV damit für zum Beurteilungszeitpunkt als rechtmässig taxiert. Im selben Entscheid hat das höchste Landesgericht aber auch festgestellt, dass der verordnungsgebende Bundesrat beim Erlass der NISV von einem lückenhaften Erkenntnisstand in Hinsicht auf die Wirkungen nichtionisierender Strahlungen auf die Gesundheit des Menschen ausging. Dies gelte im Besonderen für den Bereich allfälliger nicht-thermischer Wirkungen der nichtionisierten Strahlung auf den Menschen. Da gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse zur genannten nicht-thermischen Wirkung auf den Menschen weitgehend fehlen, kam der Bundesrat – nach Auffassung des Bundesgerichts

zurecht – denn auch nicht umhin, die Anlagegrenzwerte an der thermischen Wirkung zu orientieren und deren Festlegung auf die Strahlenintensität abzustützen (BGE 126 II 407). Angesichts dieser Umstände sind die Bedenken der Rekurrenten bis zu einem gewissen Mass durchaus als nachvollziehbar zu betrachten. Indessen ist klar festzuhalten, dass aufgrund des Auftrages von Art. 13 USG auf dem Verordnungswege Grenzwerte festzulegen waren, dass nicht einfach jegliche Gesuche mit dem Hinweis auf noch nicht oder noch nicht gesichert vorhandene wissenschaftliche Untersuchungen zu den a-thermischen Wirkungen abgelehnt werden konnten und können, und dass der Verordnungsgeber mit der Festsetzung von Anlagegrenzwerten einen über die reinen Immissionsgrenzwerte hinausgehenden Vorsorgeschutz ins Schutzkonzept der NISV eingebaut hat. Wie das Bundesgericht im erwähnten Leitentscheid ausgeführt hat, wird es am Bundesrat als Verordnungsgeber liegen, den Status der wissenschaftlichen Erkenntnisse periodisch zu überprüfen und bei Vorliegen neuer gesicherter wissenschaftlicher Erfahrungen die dazumal erforderlichen Konsequenzen zu ziehen. Ein Eingreifen der Legislative – sei dies auf Bundes- und erst recht nicht auf kantonaler Ebene – ist zum heutigen Zeitpunkt somit weder geboten noch möglich (vgl. BGE 1A.10/201 vom 8. April 2002, auszugsweise wiedergegeben in URP 2002 430 f.).

In Würdigung dieser Ausführungen des Bundesgerichts, welchen seither keine neuen entscheidenden Erkenntnisse hinzugekommen sind, kann damit in aller Deutlichkeit festgehalten werden, dass die NISV zum jetzigen Zeitpunkt generell, und für den vorliegenden Fall im Speziellen, anwendbar und für die zuständigen Behörden, so auch das kantonale Amt für Umweltschutz von Appenzell A.Rh., bindend ist.

c) Wie das Bundesgericht im nämlichen Entscheid weiter ausdrücklich – und ohne Interpretationsspielraum offen zu lassen – festgelegt hat, trägt die NISV auch der Wirkung der Strahlungsemissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 2 USG in angemessener Weise Rechnung (BGE 126 II 405). Dies bedeutet, dass auch für diese Personengruppen die – und nur die – Immissions- und Anlagegrenzwerte der NISV anzuwenden sind, da die Forderung von Art. 13 Abs. 2 USG bereits durch den Bundesrat als Verordnungsgeber erfüllt worden sind. Soweit folglich die Rekurrenten beanstanden, Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit

seien ignoriert worden, sind sie nicht zu hören. Ferner scheinen die Rekurrenten hinsichtlich der Argumentation des Amtes für Umweltschutz zu ebendieser erhöhten Empfindlichkeit einem Missverständnis auferlegen zu sein: Die vom angefochtenen Einspracheentscheid des Amtes für Umweltschutz angesprochene sog. „objektivierte Empfindlichkeit“ meint nicht, dass die erhöhten Schutzbedürfnisse von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit überhaupt nicht berücksichtigt worden seien. Vielmehr möchte diese Wendung aussagen, dass diese Berücksichtigung durch den Ordnungsgeber erfolgt sei, und dass weitergehende Massnahmen gestützt auf subjektive Wahrnehmung einzelner Anwohner nicht getroffen werden können. Insgesamt ist damit festzustellen, dass die Einwände der Rekurrenten zur Anwendung von Art. 13 Abs. 2 USG fehl gehen.

d) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die NISV des Bundes verfassungs- und gesetzeskonform und für die rechtsanwendenden kantonalen Behörden bindend ist, dass sie insbesondere zum heutigen Zeitpunkt dem Vorsorgeprinzip des USG genügt und dass Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit angemessen Rechnung getragen wird. Dies hat zur weiteren Konsequenz, dass – wie dies die Rekurrenten mehrfach vorbringen – keine Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) gegeben sind, zumal deren Schutzbereich im hier interessierenden Bereich nicht über jenen von Bundesverfassung und Umweltschutzgesetzgebung hinausgehen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. März 2003, Nr. 2002/160 und 2002/161, Erw. 5c).

Entscheid der Baudirektion vom 10.09.2003

Eine gegen diesen Entscheid der Baudirektion gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zur Zeit noch hängig.

1402

Strassenwesen. Zur Anfechtung von Verkehrsbeschränkungen ist eine politische Partei nicht legitimiert. Der Erlass von Verkehrsbeschränkungen untersteht im vorliegenden Fall weder dem obligatorischen noch dem fakultativen Referendum.

Am 13. Januar 2003 beschloss der Gemeinderat von T. diverse "Parkierungsregelungen mit Neusignalisation und Strassensignalisation" für das "Dorfgebiet T.". Dieser Beschluss wurde im Amtsblatt vom 15. Januar 2003 publiziert. Der Übersichtsplan und die dazugehörigen Signalisationen konnten während der Beschwerdefrist an der Publikationswand des Gemeindehauses von T. eingesehen werden.

Mit Schreiben vom 3. Februar 2003 reichte die politische Partei X. T. beim Regierungsrat von Appenzell A.Rh. Beschwerde gegen diesen Beschluss ein. Sie beantragte, die Bewilligung für das Erstellen und Signalisieren zusätzlicher Parkplätze auf dem Dorfplatz sei zu verweigern; die Plätze für kurzzeitiges Parkieren für Besucher der Verwaltung seien von den bestehenden zehn "Blaue-Zone-Plätzen" auszuscheiden und entsprechend zu markieren; auf die Parkplätze zwischen dem Gemeindehaus und dem Rathaus sei gänzlich zu verzichten. Die Beschwerdeführerin machte geltend, das Erstellen weiterer Parkplätze auf dem Dorfplatz sei rechtswidrig, weil dies dem Ergebnis der Volksabstimmung vom 10. März 1996 widerspreche. Zusätzliche Parkplätze müssten dem Referendum unterstellt werden.

Der Regierungsrat trat auf diese Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht ein, und er sah auch keinen Grund, von Amtes wegen irgendwelche aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu ergreifen:

1. Verfügungen von Gemeinderäten können gemäss Art. 45 des Gemeindegesetzes (GG; bGS 151.11) i.V.m. Art. 30 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. September 2002 (VRPG; bGS 143.1) innert 20 Tagen mit Beschwerde an den Regierungsrat weitergezogen werden. Zur Beschwerde befugt ist gemäss Art. 32 VRPG, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat oder durch das Gesetz dazu ermächtigt ist.

a) Beschwerdeberechtigt ist, wer von der angefochtenen Verfügung betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung

oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Bei Verkehrsanordnungen, welche Allgemeinverfügungen darstellen, ist das Betroffensein nicht offensichtlich. Um eine Popularbeschwerde auszuschliessen, wird verlangt, dass der Beschwerdeführer eine besonders nahe und schützenswerte Beziehung zur Streitsache hat. Der Beschwerdeführer muss mehr als irgend jemand oder die Allgemeinheit von der angefochtenen Verfügung betroffen sein (*Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N. 1382 ff.; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 541 mit weiteren Hinweisen).

b) Verbände und politische Parteien sind dann zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn eine grosse Anzahl ihrer Mitglieder von der angefochtenen Verfügung betroffen ist und die Beschwerdeerhebung dem statutarischen Zweck entspricht. Was den statutarischen Zweck angeht, so muss dieser in einem engen Zusammenhang mit dem Sachgebiet stehen, in welchem die Verfügung ergangen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung ist dieser Zusammenhang nicht gegeben, wenn eine Partei Verkehrsanordnungen anfechtet. Eine politische Partei kann keine Verkehrsanordnungen anfechten, weil sie nicht befugt ist, im Rahmen einer Beschwerde allgemeine öffentliche Interessen zu wahren, auch dann nicht, wenn sie in ihren Zielsetzungen Interessen an solchen Fragen bekundet (*Alfred Kölz/Isabelle Häner*, a.a.O., N. 564; VPB 46.22, 56.10 und 65.114; vgl. auch ZBI 1993, S. 44 f.) Die X. T. ist deshalb nicht zur Beschwerdeführung legitimiert, und auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten.

2. Insoweit eine Verletzung von politischen Rechten gerügt wird, wäre die X. T. dagegen befugt gewesen, eine Stimmrechtsbeschwerde zu erheben. Allerdings ist die Frist gemäss Art. 62 Abs. 2 PRG (bGS 131.12) abgelaufen. Die Stimmrechtsbeschwerde muss innert dreier Tage seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens aber nach der amtlichen Veröffentlichung der Ergebnisse eingereicht werden. Die Verkehrsanordnung wurde im Amtsblatt vom 15. Januar 2003 veröffentlicht. Die Frist zur Einreichung der Stimmrechtsbeschwerde ist am Montag, dem 20. Januar 2003 abgelaufen. Die Beschwerde vom 3. Februar 2003 erfolgte deshalb verspätet, und es ist darauf nicht einzutreten.

3. Da es der X. T. an der Legitimation zur Beschwerdeführung fehlt, ist zu prüfen, ob die Beschwerde allenfalls als Aufsichtsbe-

schwerde entgegengenommen werden kann. Gemäss Art. 46 GG kann gegen Verwaltungsbehörden jederzeit bei der übergeordneten Behörde Aufsichtsbeschwerde geführt werden. Gemäss Art. 82 Abs. 2 der Kantonsverfassung (bGS 111.1) beaufsichtigt der Regierungsrat die Gemeinden. Die Beschwerde der X. T. kann demnach als Aufsichtsbeschwerde durch den Regierungsrat behandelt werden. Gemäss Art. 43 Abs. 2 VRPG stehen der X. T. in diesem Verfahren keine Parteirechte zu.

a) Die X. T. rügt, der in der Volksabstimmung vom 10. März 1996 geäusserte Wille des Volkes, es dürften keine weiteren Parkplätze mehr auf dem Dorfplatz bewilligt werden, sei vom Gemeinderat missachtet worden. Allerdings ist nicht einzusehen, warum die Anordnung des Gemeinderates T. dem Volkswillen widersprechen soll. Die Initiative sah nämlich etwas ganz anderes vor als das, was der Gemeinderat T. nun beschlossen hat. Der Initiativtext verlangte, das Parkierungsverbot auf dem Dorfplatz sei aufzuheben sowie an Wochentagen und an Sonn- und Feiertagen sei das Parkieren auf dem ganzen Platz zu gestatten. Aus der Ablehnung dieser Initiative kann nicht geschlossen werden, dass das Volk gar keine zusätzlichen Parkplätze mehr wünscht, und es kann dementsprechend daraus auch kein Verbot für den Gemeinderat T. resultieren, eine alternative Parkplatzlösung für den Dorfplatz T. zu beschliessen.

b) Die Beschwerdeführerin übersieht sodann, dass Beschlüsse über Verkehrsanordnungen nach dem geltenden kommunalen Recht weder dem obligatorischen noch dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 GG i.V.m. Art. 47 PRG i.V.m. Art. 16 Gemeindeordnung T.). Die abschliessende Kompetenz für den Erlass von Verkehrsanordnungen auf Gemeindestrassen liegt demnach beim Gemeinderat (Art. 110 Abs. 2 Gesetz über die Staatsstrassen; bGS 731.11). Deshalb wurde schon damals die Gültigkeit der Initiative vom kantonalen Rechtsdienst angezweifelt.

c) Bei dieser Sachlage ist kein Grund ersichtlich, irgendwelche aufsichtsrechtlichen Massnahmen anzuordnen.

RRB vom 08.04.2003

1403

Feuerschutzbeitrag. Verfahren zur Erweiterung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Frage der Zwangsmitgliedschaft. Rechtsnatur des Feuerschutzbeitrages.

Die Hydrantenkorporation U. wurde mit Kantonsratsbeschluss vom 30. November 1928 als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Beitrittszwang anerkannt. Die Mitgliedschaft erstreckte sich gemäss § 2 der Statuten vom 4. März 1928 auf alle Eigentümer der im Hydrantenbezirk gelegenen Liegenschaften. Nach § 3 waren zudem bei einer Erweiterung des Hydrantennetzes auch solche Gebäudebesitzer zum Beitritt verpflichtet, die keinen Hauswasseranschluss wünschten, die aber im Brandfall durch die Hydranten wirksam geschützt wurden. Als Distanz für einen wirksamen Schutz galt eine Entfernung von 60 Metern ab Hydrantenstock.

Mit Statutenrevision vom 17. April 1986 wurde der Mitgliedschaftskreis der Hydrantenkorporation U. erweitert. Er umfasste nun gemäss Art. 3 der Statuten alle Grundeigentümer, deren Liegenschaften am Versorgungsnetz angeschlossen waren oder deren Liegenschaften innerhalb einer Entfernung von 100 Metern vom nächsten Hydrantenstock lagen.

Am 8. Juli 1999 beschloss die Hydrantenkorporation U. erneut eine Statutenrevision. Gemäss Art. 2 der vom Regierungsrat mit Beschluss vom 8. Februar 2000 genehmigten Statuten gelten neu als Mitglieder der Korporation: a. die Eigentümer der Grundstücke, die am Trink-, Brauch- und Löschwasserversorgungsnetz der Hydrantenkorporation U. angeschlossen sind; b. diejenigen Gebäudeeigentümer im Gemeindegebiet, die keinen Wasseranschluss am Versorgungsnetz der Hydrantenkorporation aufweisen, sich jedoch innerhalb einer Distanz von 250 Meter eines Hydranten befinden.

Nach Art. 20 Abs. 1 der Statuten vom 8. Juli 1999 haben zudem neu alle Mitglieder der Korporation einen jährlichen Feuerschutzbeitrag zu entrichten. Dieser wird gemäss § 1 des Reglements über den Feuerschutzbeitrag, das die Hydrantenkorporation bereits auf den 1. Januar 2000 in Kraft gesetzt hat, auf der Basis des umbauten Gebäudevolumens berechnet.

Gestützt darauf stellte die Hydrantenkorporation U. ihren Mitgliedern im Jahr 2001 erstmals einen Feuerschutzbeitrag in Rechnung.

Eine solche Rechnung erhielt mit Datum vom 7. Juni 2001 auch X., der bisher nicht Mitglied der Hydrantenkorporation war. Der ihm in Rechnung gestellte Feuerschutzbeitrag belief sich auf Fr. 173.75.

Gegen diese Rechnung erhob X. mit Schreiben vom 18. Juni 2001 Einsprache bei der Hydrantenkorporation. Er machte sinngemäss geltend, er habe nie eine Einladung zu einer Versammlung der Hydrantenkorporation erhalten und er sei auch nicht Nutzniesser der Wasserversorgung. Da er über eine eigene Quelle mit Leitungen, Reservoir, Pumpe etc. verfüge, sei er nicht bereit, den Feuerschutzbeitrag zu bezahlen.

Die Hydrantenkorporation U. behandelte diese Einsprache an der Sitzung vom 17. September 2001. Mit Schreiben vom 26. September 2001 gab sie sinngemäss die Abweisung der Einsprache bekannt. Gemäss den vom Regierungsrat genehmigten Statuten seien alle aufgeführten Objekte tarifpflichtig. Die Einladung an die Hauptversammlung werde allen Neumitgliedern ab 2002 zugestellt. Dieser Entscheid wurde X. ohne Ansetzung einer Rechtsmittelfrist eröffnet.

Mit Rekurs vom 22. Oktober 2001 (Postaufgabe 26. Oktober) stellte X. dem Regierungsrat von Appenzell A.Rh. sinngemäss den Antrag, der Einspracheentscheid der Hydrantenkorporation und die Rechnung vom 7. Juni 2001 seien aufzuheben. Er habe weder eine Einladung noch sonst irgendwelche Informationen zur Korporationsversammlung vom 8. Juli 1999 erhalten. Seiner Auffassung nach seien die Statuten weder rechtsgültig noch demokratisch legitimiert. Mit Nachdruck halte er fest, dass er nicht am Hydrantennetz angeschlossen sei und keinen Nutzen daraus ziehe.

Mit Stellungnahme vom 25. November 2001 beantragte die Hydrantenkorporation U. sinngemäss die Abweisung des Rekurses. In einem ähnlich gelagerten Fall betreffend die Ortskorporation W. hätten sowohl der Regierungsrat als auch das Bundesgericht die Erhebung des Feuerschutzbeitrages für rechtmässig befunden.

Der Regierungsrat hiess die Beschwerde von X. aus folgenden Erwägungen gut:

1. Gemäss Art. 31 des Gesetzes vom 27. April 1969 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB; bGS 211.1) kann gegen Beschlüsse und Verfügungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts innert 20 Tagen an den Regierungsrat rekuriert werden. Der angefochtene Beschluss wurde dem Rekurrenten

ohne Ansetzung einer Rechtsmittelfrist eröffnet. Bei dieser Sachlage ist die Einreichung eines Rekurses gemäss Art. 21 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. April 1985 über das Verwaltungsverfahren (auf den 1. Januar 2003 abgelöst durch die identische Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 des Gesetzes vom 9. September 2002 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG], bGS 143.1) noch innert zwei Monaten seit der Zustellung der Verfügung zulässig. Diese Frist wurde mit der Eingabe vom 22. Oktober 2001 gewahrt. Somit ist auf den Rekurs einzutreten.

2. Gemäss Art. 20 Abs. 1 der Statuten vom 8. Juli 1999 haben alle Mitglieder der Hydrantenkorporation U. einen Feuerschutzbeitrag zu entrichten. Dazu gehören gemäss Art. 2 lit. b der Statuten auch diejenigen Gebäudeeigentümer im Gemeindegebiet, die keinen Wasseranschluss am Versorgungsnetz der Hydrantenkorporation aufweisen, sich jedoch innerhalb einer Distanz von 250 Meter eines Hydranten befinden. Der angefochtene Beschluss geht davon aus, dass im Falle des Rekurrenten diese Mitgliedschaftsvoraussetzung erfüllt ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Rekurrent damit auch zum Beitritt verpflichtet ist.

a) Die Hydrantenkorporation wurde 1928 als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Beitrittszwang anerkannt. Diese Anerkennung stützte sich noch auf Art. 27 und 28 des Gesetzes vom 30. April 1911 betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Appenzell A.Rh. (aGS I/26). Seither wurden die Statuten der Hydrantenkorporation und insbesondere deren Bestimmungen über die Mitgliedschaft mehrfach revidiert. Mit der Totalrevision des EG zum ZGB vom 27. April 1969 hat zudem das Recht der öffentlichen Körperschaften eine umfassende Neugestaltung erfahren. Aus der ursprünglichen Anerkennung des Beitrittszwanges lässt sich deshalb für den vorliegenden Fall nichts mehr ableiten.

b) Gemäss Art. 26 Abs. 1 EG zum ZGB bilden sich die kantonalen Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich durch freiwilligen Zusammenschluss. Kann der freiwillige Zusammenschluss der Personen, welche ein unmittelbares Interesse an der Verwirklichung des statutarischen Zweckes haben, nicht erzielt werden, kann der Regierungsrat den Gründern nach Prüfung ihres Statutenentwurfs die zwangsweise Bildung der Genossenschaft bewilligen und den Mitgliedschaftskreis bestimmen. Die Bewilligung wird nur erteilt, wenn die geforderten Beitragsleistungen der Mitglieder in einem richtigen Verhältnis zu den gebotenen Vorteilen stehen (Art. 26 Abs. 2 EG zum

ZGB). In diesem Falle sind alle Personen dieses Kreises zum Beitritt verpflichtet, wenn sie mit Mehrheit der Gründung und dem Statutenentwurf zugestimmt haben (Art. 26 Abs. 3 EG zum ZGB). Ist die Mitgliedschaft mit Grundeigentum verbunden, dessen Umfang und Wert für Rechte und Pflichten massgebend ist, muss die zustimmende Mehrheit zugleich den grösseren Teil der einbezogenen Bodenfläche vertreten. Grundeigentümer, welche zur Gründungsversammlung trotz ordnungsgemässer Ladung nicht erschienen sind und sich nicht haben vertreten lassen, werden den zustimmenden Versammlungsteilnehmern zugezählt (Art. 26 Abs. 4 EG zum ZGB).

c) Im Gegensatz zum Gründungsverfahren ist das Verfahren zur nachträglichen Erweiterung einer schon bestehenden Körperschaft im geltenden Gesetz ausdrücklich geregelt. Die Bestimmungen über das Gründungsverfahren sind in diesem Fall jedoch analog anwendbar. Für die Erweiterung einer Zwangskörperschaft ist demnach eine Bewilligung des Regierungsrates erforderlich, die nur unter Voraussetzungen von Art. 26 Abs. 2 EG zum ZGB erteilt wird. Eine solche Bewilligung ist der Hydrantenkorporation im Zusammenhang mit der Statutenrevision vom 8. Juli 1999 nicht erteilt worden. Zwar hat der Regierungsrat mit Beschluss vom 8. Februar 2000 die Statuten und die darin vorgesehene Erweiterung des Mitgliedschaftskreises genehmigt. Dieser Beschluss stützte sich jedoch auf einen Vorprüfungsbericht der Direktion des Innern, der ausdrücklich davon ausging, dass die Hydrantenkorporation keine Zwangskörperschaft bilde (Schreiben an die Hydrantenkorporation vom 21. September 1998, Anmerkung zu Art. 1 des Statutenentwurfs). Aus der blossen Tatsache der Statutengenehmigung lässt sich somit kein Beitrittszwang ableiten.

d) Eine Verpflichtung zum Beitritt besteht zudem gemäss Art. 26 Abs. 3 EG zum ZGB nur dann, wenn der Kreis der betroffenen Personen mit Mehrheit dem Statutenentwurf zugestimmt hat. Dies setzt voraus, dass sämtliche Mitglieder der künftigen Zwangskörperschaft ordnungsgemäss zur Abstimmung über den Statutenentwurf eingeladen wurden. Zur Hauptversammlung vom 8. Juli 1999 waren jedoch gemäss Stellungnahme der Hydrantenkorporation vom 25. September 2003 nur die bisherigen Korporationsmitglieder eingeladen worden. Die übrigen Betroffenen hatten keine Möglichkeit, sich zum Statutenentwurf zu äussern, und wurden erst anlässlich der Erhebung des Feuerschutzbeitrages über ihre neue "Mitgliedschaft" informiert. Die-

ses Vorgehen lässt sich weder mit Art. 26 Abs. 3 EG zum ZGB noch mit den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens vereinbaren. Schon der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör bedingt, dass bei der Gründung oder Erweiterung einer Zwangskörperschaft sämtlichen Betroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Werden einzelne Personen oder ganze Personenkreise davon ausgeschlossen, kann ihnen gegenüber auch kein Beitrittszwang geltend gemacht werden.

e) Da im vorliegenden Fall kein Beitrittszwang begründbar ist, konnte der Rekurrent nur durch freiwillige Beitrittserklärung zum Mitglied der Hydrantenkorporation werden. Nun ist aber völlig unbestritten, dass der Rekurrent weder ausdrücklich noch stillschweigend einen solchen Beitritt erklärt hat. Dies ist denn auch der entscheidende Unterschied zu dem von der Hydrantenkorporation angeführten Fall betreffend die Ortskorporation W. In jenem Verfahren schlossen die Rechtsmittelinstanzen auf eine stillschweigende Anerkennung der Mitgliedschaft, nachdem der betroffene Grundeigentümer trotz ordnungsgemässer Ladung und frühzeitiger Kenntnis von der geplanten Erweiterung des Mitgliedschaftskreises nicht an der entsprechenden Hauptversammlung der Korporation teilgenommen hatte (RRB vom 29. März 1994, S. 6 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 1995, S. 5 ff.). Demgegenüber war es dem Rekurrenten mangels Einladung von vornherein verwehrt, an der Hauptversammlung vom 8. Juli 1999 teilzunehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass er vor der Zustellung der Rechnung vom 7. Juni 2001 sonst irgendwie Kenntnis von der Erweiterung der Hydrantenkorporation erlangt haben könnte. Von einer stillschweigenden Anerkennung der Mitgliedschaft kann deshalb keine Rede sein.

3. Nach Art. 29 Abs. 2 EG zum ZGB sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts befugt, auch von Grundeigentümern, die nicht ihre Mitglieder sind, öffentlich-rechtliche Beiträge zu erheben nach Massgabe des Vorteils für ihre Grundstücke, welcher durch die genossenschaftlichen Anlagen und Einrichtungen bewirkt wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Rekurrent trotz fehlender Mitgliedschaft zur Bezahlung des Feuerschutzbeitrages verpflichtet ist.

a) Bei den Beiträgen im Sinne von Art. 29 Abs. 2 EG zum ZGB handelt es sich um sogenannte Vorzugslasten (*Christian Merz, Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Kanton Appenzell A.Rh., Zürich 1976, S. 187*). Darunter verstehen Lehre und Rechtsprechung

eine Abgabe, die als Ausgleich jenen Personen auferlegt wird, denen aus einer öffentlichen Einrichtung ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst (*Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, S. 528; *Max Imboden/René Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Basel 1986, S. 784). Dieser wirtschaftliche Sondervorteil muss realisierbar sein, d.h. er muss in Geld ausgedrückt und in Geld umgesetzt werden können. Dass er auch effektiv realisiert wird, ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn es der Beitragsbelastete in der Hand hat, durch geeignete Massnahmen den Vorteil zu nutzen. Kann der behauptete Vorteil auch durch Handlungen des Privaten wirtschaftlich nicht realisiert werden, so ist keine Vorzugslast begründbar (*Max Imboden/René Rhinow*, a.a.O., S. 786).

b) Gemäss Art. 19 der Statuten vom 8. Juli 1999 bezweckt der von der Hydrantenkorporation erhobene Feuerschutzbeitrag die Mehraufwendungen für den Bau und Unterhalt der Löschwasserleitungen und der Hydranten zu finanzieren resp. amortisieren. Solche Feuerschutzbeiträge wurden in der bisherigen Rekurspraxis des Regierungsrates als Vorzugslasten im dargelegten Sinne qualifiziert. So führte der Regierungsrat im Entscheid betreffend die Ortskorporation W. aus, dass die Korporation mit ihrem Hydrantennetz und dem dadurch zur Verfügung gestellten Löschwasser einen Beitrag zum Feuerschutz leiste, welcher den Eigentümern von Gebäuden in einem gewissen Umkreis der einzelnen Hydranten als Vorteil anzurechnen sei. Dieser Vorteil bestehe bis zu einer Distanz von ungefähr 250 Metern zwischen Hydrant und Gebäude. Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 EG zum ZGB könne die Korporation von solchen Grundeigentümern auch unabhängig von deren Mitgliedschaft einen Feuerschutzbeitrag erheben (RRB vom 29. März 1994, S. 8 f.).

c) Das Bundesgericht qualifizierte Feuerschutzbeiträge in seiner früheren Rechtsprechung ebenfalls als Vorzugslasten (BGE 86 I 97). Im Jahre 1996 leitete es jedoch eine Praxisänderung ein und zog mit Blick auf neuere Lehrmeinungen in Zweifel, dass der behauptete wirtschaftliche Sondervorteil konkret genug sei, um Feuerschutzbeiträge als Vorzugslasten qualifizieren zu können. Die abgabepflichtigen Gebäudeeigentümer hätten zwar ohne Zweifel ein Interesse an den Leistungen, die mit den Feuerschutzbeiträgen finanziert würden. Dieses Interesse konkretisiere sich jedoch nur im Brandfall. Zuvor komme den Gebäudeeigentümern im Vergleich zu der übrigen Bevölkerung in

keiner Weise ein besonderer wirtschaftlicher Vorteil zu. Es sei daher korrekter, in den Feuerschutzbeiträgen eine Art von Zwecksteuer (Kostenanlastungssteuer) zu erblicken. Diese sei verfassungsrechtlich an dieselben strengen Voraussetzungen gebunden wie die übrigen Steuern (BGE 122 I 310 f.).

d) In der Tat ist nicht recht einzusehen, inwiefern die blosser Nähe zu einem Hydranten dem jeweiligen Grundeigentümer einen besonderen und dazu noch wirtschaftlich realisierbaren Sondervorteil einbringen soll. Insoweit ist die bisherige Praxis des Regierungsrates zu überdenken. Hinzu kommt aber, dass am 1. Januar 1997 das kantonale Gesetz über den Feuerschutz (Feuerschutzgesetz; bGS 861.0) in Kraft getreten ist. Gemäss dessen Art. 11 Abs. 1 ist die Löschwasserversorgung grundsätzlich Sache der Gemeinden. Diese finanzieren ihre Aufwendungen aus dem Ertrag der Ersatzabgabe, aus Kostenbeteiligungen und aus allgemeinen Mitteln (Art. 13 Abs. 1). Kostenpflichtig ist, wer einen Einsatz vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat oder aufgrund einer gesetzlichen Pflicht dafür haftet (Art. 13 Abs. 2). An den Kosten beteiligt werden können zudem Personen, denen ein Einsatz der Feuerwehr für ein von der Assekuranz nicht versichertes Ereignis zugute kommt (Art. 13 Abs. 2). Unter gewissen Voraussetzungen beteiligt sich der Kanton an den Kosten der kommunalen Löschwasserversorgung (Art. 11 Abs. 2). Er finanziert seine Aufwendungen durch eine Feuerschutzabgabe, die als Zuschlag zur Gebäudeversicherung erhoben wird sowie durch Beiträge der Privatversicherungen (Art. 12 Abs. 1).

e) Das kantonale Feuerschutzgesetz schliesst nicht aus, dass die Gemeinden die Löschwasserversorgung an eine selbständige Körperschaft des öffentlichen Rechts übertragen (Art. 11 Abs. 2; vgl. auch Art. 34 Abs. 1 Feuerschutzverordnung, bGS 861.1). Die im Gesetz vorgesehene Finanzierung dürfte jedoch als abschliessende Regelung gemeint sein. Demnach wäre es sowohl den Gemeinden als auch den von ihnen betrauten Körperschaften des öffentlichen Rechts generell verwehrt, die Löschwasserversorgung über die Erhebung von Grundeigentümerbeiträgen zu finanzieren. Wie es sich damit verhält, braucht im vorliegenden Fall allerdings nicht abschliessend geklärt zu werden. Muss der in Frage stehende Feuerschutzbeitrag im Sinne der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Zwecksteuer qualifiziert werden, so ist der angefochtene Entscheid ohnehin aufzuheben, weil der Hydrantenkorporation U. die für die Steuererhebung

notwendige Ermächtigung des Kantonsrates fehlt (vgl. Art. 25 Abs. 4 EG zum ZGB).

f) Anzuführen bleibt, dass im vorliegenden Fall auch die Voraussetzungen für die Erhebung einer Vorzugslast im Sinne von Art. 29 Abs. 2 EG zum ZGB nicht erfüllt wären. Denn wie der Rekurrent bereits im vorinstanzlichen Verfahren unwidersprochen geltend gemacht hat, verfügt er auf seinen Grundstücken über eine eigene Quelle mit Reservoir, Leitungen und Pumpe. Bei dieser Sachlage kann selbst nach der bisherigen Praxis des Regierungsrates nicht mehr davon gesprochen werden, dass dem Rekurrenten aus dem Versorgungsnetz der Hydrantenkorporation noch ein zusätzlicher wirtschaftlicher Sondervorteil erwachse.

4. Der vorliegende Rekurs ist demnach gutzuheissen. Gemäss Art. 19 Abs. 3 VRPG ist der Rekurrent bei diesem Verfahrensausgang nicht kostenpflichtig.

RRB vom 02.03.2004

1404

Strassenverkehrsrecht. Geschwindigkeitsüberschreitung von 35 km/h auf einer Strecke, welche vorübergehend zum Schutze der Lurchenwanderung mit einer Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h signalisiert war.

Auf der St. Georgen-Strasse in St. Gallen ist jeweils von Anfang März bis Anfang Mai zum Schutze der Lurchenwanderung eine Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h signalisiert. In der übrigen Jahreszeit gilt eine Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h. Gemäss Verkehrsanzeige der Stadtpolizei St. Gallen fuhr X. am 22. März 2003 im Bereich der 30 km/h-Limite mit einer Geschwindigkeit von 68 km/h, was nach Abzug einer technisch bedingten Toleranz von 3 km/h einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 35 km/h entspricht. Das Untersuchungsamt St. Gallen verurteilte X. deswegen mit Verfügung vom 12. Mai 2003 zu einer Busse von Fr. 450.--. Die Verwaltungspolizei von Appenzell A.Rh. sprach mit Verfügung vom 12. August 2003 einen Führerausweisentzug für die Dauer von einem Monat aus. Gegen

den Führerausweisentzug erhob X. Rekurs bei der Sicherheitsdirektion. Diese wies den Rekurs aus folgenden Erwägungen ab:

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG kann der Führerausweis entzogen werden, wenn der Führer Verkehrsregeln verletzt und dadurch den Verkehr gefährdet oder andere belästigt hat. In leichten Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden. Hat er den Verkehr in schwerer Weise gefährdet, so ist der Führerausweisentzug gemäss Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG obligatorisch.

a) Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin am 22. März 2003 auf der St. Georgen-Strasse in St. Gallen die signalisierte Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h um 35 km/h überschritten hat. Damit hat sie objektiv gegen die Verkehrsregel von Art. 27 Abs. 1 SVG verstossen, wonach Signale und Markierungen sowie die Weisungen der Polizei zu befolgen sind.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt eine Geschwindigkeitsüberschreitung von 35 km/h in der Regel eine schwere Verkehrsgefährdung im Sinne von Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG dar, die zwingend zu einem Führerausweisentzug führt (BGE 124 II 259 und 475, 123 II 37). Im vorliegenden Fall ist kein Grund ersichtlich, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Insbesondere lässt sich aus dem Umstand, dass auf der St. Georgen-Strasse üblicherweise eine signalisierte Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h gilt und diese zur Tatzeit nur vorübergehend zum Schutze der Lurchenwanderung auf 30 km/h herabgesetzt war, nichts zugunsten der Rekurrentin ableiten. Jede Geschwindigkeitsbegrenzung - ob sie nun primär aus Gründen der Verkehrssicherheit oder aus Gründen des Umwelt- und des Lärmschutzes eingeführt wurde - erhält durch ihre Verbindlichkeit für alle Verkehrsteilnehmer und das dadurch in die Einhaltung gesetzte Vertrauen der anderen Verkehrsteilnehmer einen spezifisch sicherheitsrelevanten Gehalt (*René Schaffhauser*, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2002, S. 292). Im vorliegenden Fall diene die Tempobeschränkung auf 30 km/h offensichtlich dazu, die Verkehrsteilnehmer beim Auftreten von Amphibien zu einem Brems- oder Ausweichmanöver zu veranlassen. Wie dem Bericht der Stadtpolizei St. Gallen vom 13. März 2003 zu entnehmen ist, wird mit einem entsprechenden Gefahrensignal (SSV-Signal 1.25 mit Frosch-Symbol) auf das mögliche Auftreten von Amphibien hingewiesen. Brems- und Ausweichmanöver lassen sich jedoch nur dann gefahrlos ausführen, wenn sich alle Verkehrsteilnehmer an die Tempobe-

schränkung halten. Indem die Rekurrentin mit einer massiv übersetzten Geschwindigkeit fuhr, setzte sie eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit der übrigen Verkehrsteilnehmer, die sich allenfalls wegen querender Amphibien zu einem Brems- oder Ausweichmanöver veranlasst sahen. Dass diese Gefahr sich im vorliegenden Fall nicht konkretisiert hat, ist irrelevant. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist der Tatbestand der Verkehrsgefährdung bereits erfüllt, wenn der Fahrzeugführer durch sein fehlbares Verhalten eine erhöhte abstrakte Gefahr herbeigeführt hat (BGE 122 II 232).

c) Entgegen der Auffassung der Rekurrentin kann auch das Verschulden im vorliegenden Fall nicht mehr als leicht bezeichnet werden. Wie sie in ihrem Schreiben vom 8. Oktober 2003 darlegt, fährt sie die Strecke fast täglich. Es dürfte ihr daher bekannt gewesen sein, dass auf der St. Georgen-Strasse jeweils im Frühjahr besondere Massnahmen zum Schutze der Lurchenwanderung bestehen. Um so unverständlicher erscheint es, dass sie erst im Nachgang zur Geschwindigkeitsüberschreitung vom 22. März 2003 von der 30 km/h-Beschränkung erfahren haben will. Dies lässt auf grobe Fahrlässigkeit schliessen.

d) Die Vorinstanz hat demnach zu Recht einen obligatorischen Führerausweisentzug im Sinne von Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG angeordnet. Gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a SVG ist die Dauer des Entzugs nach den Umständen festzusetzen; sie beträgt jedoch mindestens einen Monat. Zu berücksichtigen sind dabei vor allem die Schwere des Verschuldens, der Leumund als Motorfahrzeugführer sowie die berufliche Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen (Art. 33 Abs. 2 Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr; SR 741.51). Im vorliegenden Fall fällt vor allem ins Gewicht, dass gegen die Rekurrentin erst kurze Zeit vor der Fahrt vom 22. März 2003 ein obligatorischer Führerausweisentzug wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung ausgesprochen werden musste. Diese frühere Massnahme ist noch nicht vollzogen, weshalb die im Rückfall geltende sechsmonatige Mindestentzugsdauer von Art. 17 Abs. 1 lit. c SVG im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangt. Der automobilistische Leumund der Rekurrentin kann aber angesichts der rechtskräftig festgestellten Geschwindigkeitsüberschreitung vom 12. Dezember 2002 nicht mehr als ungetrübt gelten, was bei der Festsetzung der Entzugsdauer massnahmeverschärfend zu berücksichtigen ist. Andererseits ist die Rekurrentin als freischaffende Jour-

nalistin unbestrittenermassen auf den Führerausweis angewiesen. Im Ergebnis erscheint es daher angemessen, wenn die Vorinstanz lediglich die Mindestzugsdauer von einem Monat verfügt hat.

Entscheid der Sicherheitsdirektion vom 25.03.2004

B.

Gerichtsentscheide

1. Verwaltungsgericht

2222

Verfahren. Einsicht in die Akten eines abgeschlossenen Baubewilligungsverfahrens (betreffend eine Mobilfunkantenne).

Zwei in Flawil/SG wohnhafte Gesuchsteller ersuchten bei der Baudirektion um Einsicht in sämtliche Baubewilligungsakten der Mobilfunkantenne Fuchsacker in Schwellbrunn. Die Gesuchsteller waren am rechtskräftig abgeschlossenen Baubewilligungsverfahren nicht beteiligt. Das Gesuch wurde mit einer gegen die Betreiberin einer Sendeanlage in Herisau erhobenen Strafklage, einer gutachterlichen Stellungnahme, welche die Gefährlichkeit der Strahlung von Mobilfunkantennen belegen sollte, sowie der Rüge begründet, die Bewilligung sei unter Verletzung der Publikationspflicht erteilt worden. Die Baudirektion und auf Rekurs hin auch der Regierungsrat wiesen das Begehren ab, im Wesentlichen mit der Begründung, zum Strafverfahren betreffend der anderen Sendeanlage bestehe kein Zusammenhang. Auch sei hinsichtlich der Anlage in Schwellbrunn die Einsprachefrist verpasst worden; diesbezüglich hätte es den vier Kilometer von der Sendeanlage entfernt wohnhaften Gesuchstellern ohnehin an der Einsprachelegitimation gefehlt. Daher fehle es ihnen nun auch an einem schutzwürdigen Interesse an der Akteneinsicht. Die dagegen erhobene Beschwerde hat das Verwaltungsgericht teilweise - hinsichtlich der Einsicht in das Standortdatenblatt der Sendeanlage - gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten und im Folgenden zu prüfen ist einzig noch, ob und inwiefern dem Beschwerdeführer A. das Akteneinsichtsrecht nach dem rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungsverfahrens noch zusteht. Nach der Rechtsprechung zu Art. 4 der alten und unverändert auch zu Art. 29 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung (BV) kann der

Anspruch auf Akteneinsicht auch ausserhalb eines hängigen Verfahrens geltend gemacht werden. Eine umfassende Wahrung der Rechte kann es gebieten, dass der Betroffene oder ein Dritter auch Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehen kann. Dieser Anspruch wird jedoch davon abhängig gemacht, dass der Rechtsuchende ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann. Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenzen auch an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder an berechtigten Interessen Dritter. Gegebenenfalls sind die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht einerseits und an deren Verweigerung andererseits gegeneinander abzuwägen (Bger in: 1P.240/2002 vom 18.10.2002, publiziert in EuGRZ 2003, 45, E. 3.1, auch zum Folgenden). Daran hält das Bundesgericht auch in Anbetracht der in Art. 16 Abs. 3 BV neu verankerten Informationsfreiheit fest. Diese Norm beschränkt den grundrechtlich gewährleisteten freien Zugang auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen. Soweit die Verwaltung nicht dem so genannten Öffentlichkeitsprinzip unterstellt ist, bedarf es daher im oben umschriebenen Sinne eines persönlichen schutzwürdigen Interesses, um ausserhalb eines förmlichen Verfahrens in Akten Einsicht nehmen zu können. Nach dieser Rechtsprechung besteht kein Anspruch auf Einsicht in verwaltungsinterne Akten wie Auskünfte, Notizen, Mitberichte und verwaltungsinterne Gutachten, welche die verwaltungsinterne Meinungsbildung dokumentieren. Das Bundesgericht hat indessen ein schutzwürdiges Interesse an der Kenntnisnahme beispielsweise einer Dienstanweisung dann bejaht, wenn ein Beschwerdeführer dadurch in besonderem Mass in seiner praktischen Tätigkeit und damit zugleich in verfassungsmässigen Rechten betroffen ist, und er die Dienstanweisung als verfassungs- oder rechtswidrig anfechten will. Diesfalls hat das Bundesgericht die Kenntnissgabe der Dienstanweisung als unerlässlich bejaht, weil der Beschwerdeführer ohne Kenntnis weder deren materieller Gehalt abschätzen noch die prozessualen Voraussetzungen - wie etwa das Vorliegen von so genannten Auswirkungen im Hinblick auf die Legitimationsfrage - beurteilen könne. Einer Offenlegung dürfen allerdings auch diesfalls weder besondere öffentliche oder private Geheimhaltungsgründe überwiegend entgegenstehen und es darf sich dabei auch nicht um rein verwaltungsinterne Akten handeln (vgl. Bger, a.a.O., E.3.2). Nichts anderes ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 der kantonalen Verfassung (KV, bGS 111.1), aus Art. 9-14 des kantonalen Gesetzes über Information

und Akteneinsicht (IG, bGS 133.1) sowie aus Art. 12 des am 1.1.2003 in Kraft getretenen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1). Auch demnach besteht ein Anspruch auf Akteneinsicht nur soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Auch nach diesen Bestimmungen ist die Akteneinsicht entweder an eine Parteistellung in einem hängigen Verfahren gebunden (Art. 12 VRPG) oder es wird vom Gesuchsteller sonst der Nachweis eines berechtigten Interesses verlangt (Art. 9 IG und Art. 12 Abs. 3 KV).

a) Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer die Akteneinsicht zunächst zu Recht mit der Begründung verweigert, Normadressat des allgemeinen Informationsauftrages in Art. 6 USG (SR 814.01) seien die Umweltschutzfachstellen, weshalb daraus kein individueller Anspruch auf Akteneinsicht abgeleitet werden könne. Desgleichen wurde auch zu Recht festgestellt, dass das Strafverfahren betreffend der Sendeanlage in Herisau kein Akteneinsichtsinteresse für das abgeschlossene Bewilligungsverfahren betreffend der Anlage in Schwellbrunn zu begründen vermag.

Fraglich ist hingegen, ob und inwiefern die Vorinstanz die Einsicht in die Baubewilligungsakten mit der Begründung verweigern durfte, dabei handle es sich um ein ordentlich durchgeführtes und rechtskräftig abgeschlossenes Bewilligungsverfahren. Zwar ist richtig, dass der Beschwerdeführer A. das Verpassen der Einsprachefrist gegebenenfalls selber zu verantworten hat, und er allein daraus nachträglich kein Akteneinsichtsrecht ableiten kann. Soweit er allerdings geltend macht, das Bewilligungsverfahren sei unter Verletzung der Publikationspflicht ergangen, stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz ohne Gewährung der Akteneinsicht einfach feststellen durfte, dies treffe nicht zu, weshalb die Akteneinsicht zu verweigern sei. Die Vorinstanz hat die Einsicht in das Baugesuchsdossier allerdings ohnehin vorab gestützt auf die einlässlich dargelegte Alternativbegründung abgewiesen, wonach die Rekurrenten im betreffenden Baubewilligungsverfahren nicht zur Einsprache legitimiert gewesen wären, weshalb ihnen keine Parteirechte und deshalb auch jetzt kein Akteneinsichtsrecht zustehe. Auch für diese Alternativbegründung stellt sich die Frage, inwiefern die Vorinstanz darauf, ohne Akteneinsicht zu gewähren, abstellen durfte. Im folgenden ist vorab diese Frage näher zu prüfen.

b) Die Vorinstanz hat die für die Einsprachelegitimation einschlägigen Gesetzesbestimmungen und Rechtsprechung zutreffend zitiert;

darauf kann verwiesen werden. Demnach und nach einem am 10. Februar 2003 ergangenen Entscheid des Bundesgerichtes (i.S. Bachtel/Hinwil, 1A.220/2002, Erw. 2.1) steht die Berechtigung zur Anfechtung von Baugesuchen für Mobilfunkantennen nur Personen zu, deren Grundstück oder Wohnung sich innerhalb desjenigen Perimeters befindet, in dem die anlagebedingte Strahlung über 10% des Anlagegrenzwertes gemäss Anhang der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung betragen kann (NISV, SR 814.710). In Bezug auf eine bewilligte Sendeanlage kann die konkrete Strahlung jeweils dem sog. Standortdatenblatt entnommen werden. Die Beschwerdeführer machen unter Hinweis auf die Vollzugsempfehlung des BUWAL zu den Mobilfunk- und WLL-Basisstationen geltend, nach Abschluss eines Bewilligungsverfahrens müsse den betroffenen Anwohnern zumindest Einsicht in dieses Standortdatenblatt gewährt werden. Diesem auf das Standortdatenblatt begrenzten Begehren um Akteneinsicht kann die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die Beschwerdeführer haben bei der Vorinstanz und auch beschwerdeweise hinreichend zu erkennen gegeben, dass sie Akteneinsicht namentlich im Hinblick auf ein Wiederaufnahmebegehren im Sinn von Art. 26 VRPG verlangen. Art. 26 VRPG ermöglicht ausdrücklich die Wiederaufnahme eines rechtskräftig erledigten Verfahrens. Nach der eingangs erwähnten Rechtsprechung ist den Beschwerdeführern daher zumindest in denjenigen Teil der Baubewilligungsakten Einsicht zu gewähren, der es ihnen erlaubt, die prozessualen Voraussetzungen einer Wiederaufnahme namentlich in Bezug auf ihre Legitimation zu beurteilen. Für die Beurteilung der Legitimation eines Anwohners einer Mobilfunkantenne ist die Einsichtnahme in das Standortdatenblatt nach dem oben Gesagten unabdingbar, weshalb die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist.

Der Beschwerdeführer A. beantragt Akteneinsicht, soweit dies für eine Bewertung der Störeinwirkung notwendig sei, jedoch zumindest im Rahmen der (erwähnten) BUWAL-Empfehlung. Weil die Legitimation nach der Rechtsprechung von der im Standortdatenblatt ausgewiesenen Strahlenbelastung abhängt, ist die Einsichtgabe in das Standortdatenblatt zugleich aber auch ausreichend, um dem Beschwerdeführer A. ein Wiederaufnahmebegehren zu ermöglichen. Für die von der Vorinstanz verweigerte Einsichtgabe in die übrigen Teile des Baubewilligungsdossier ist dagegen zurzeit weder ein berechtigtes Interesse dargetan noch ersichtlich. Daran ändert nichts, dass das

Baubewilligungsdossier zuvor ganz oder in Teilen öffentlich aufgelegt wurde und dass insofern das Geschäftsgeheimnis der Betreiberin nicht mehr tangiert sein kann. Dies allein vermag beim Beschwerdeführer nach dem rechtskräftigen Abschluss des Bewilligungsverfahrens kein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme in das gesamte Dossier zu begründen. Dass es sich bei den Beschwerdeführern um besonders elektrosensible Personen handeln soll, vermag kein über das Standortdatenblatt hinausgehendes Akteinsichtsinteresse zu begründen, zumal die bewilligte bzw. zu erwartende Strahlenbelastung diesem Aktenstück entnommen werden kann. Dass die Beschwerdeführerin B. (und weitere Dritte) nicht als legitimierte Person(en), sondern als Zeuge(n) für die geltend gemachte Verletzung der Visierpflicht genannt werden, vermag die Einsichtgabe in das übrige Dossier offensichtlich nicht zu begründen. Die übrigen Vorbringen in der Beschwerde und in der Replik beziehen sich nicht auf die Akteneinsicht, sondern haben die Rechtsgrundlagen, das behauptete besondere Schutzbedürfnis der Personen mit erhöhter Empfindlichkeit, das öffentliche Interesse an der Sendeanlage, die Schädlichkeit der Strahlung unterhalb der Immissionsgrenzwerte und weitere materielle Anliegen der Beschwerdeführer zum Gegenstand. Darauf kann im vorliegend einzig die Akteneinsicht betreffenden Verfahren nicht eingetreten werden.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde einzig in Bezug auf den Beschwerdeführer A. und die beantragte Einsicht in das Standortdatenblatt gutgeheissen werden kann. Die Vorinstanz wird angewiesen, A. Einsicht in das Standortdatenblatt zu gewähren. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

VGer 25.06.2003

2223

Steuerstrafverfahren. Kognition des Verwaltungsgerichtes im harmonisierten Einspracheverfahren. Mündliche Anhörung durch die kantonale Steuerverwaltung? Zur Beurteilung eines ermessensweise festgesetzten Nachsteuerbetrages im Steuerstrafverfahren.

Aus den Erwägungen:

2. Es entspricht gefestigter Lehre und Rechtsprechung (vgl. AR GVP 11/1999, 2190, E.2), die streitige Hinterziehungsbusse konventionsrechtlich als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren, weshalb dem Einsprecher die diesbezüglichen Verfahrensgarantien der EMRK zur Verfügung stehen (vgl. *Höhn/Waldburger, Steuerrecht, 8. Aufl., Bd. II, N 12 zu § 54 u. N 28 zu § 54*). Wird eine solche Strafsanktion von einem Verwaltungsgericht überprüft, so hat das Gericht gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK entgegen allfälligen prozessualen Vorschriften auch die Ermessensbetätigung nachzuprüfen (A. *Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, N 32 zu § 10 mit Hinweis auf BGE 115 Ia 406 f.*). Im Verfahren nach Art. 261 ff. StG wird die Strafverfügung der kantonalen Steuerverwaltung durch das Erheben einer Einsprache zur Anklageschrift. Bei deren Beurteilung hat das Verwaltungsgericht somit nicht nur die Tat- und Rechtsfragen, sondern neben der Schuldfrage auch das beantragte Strafmass uneingeschränkt zu überprüfen. Dies gilt unbezogen davon, dass den Einsprechern gegen das Strafurteil des kantonalen Gerichtes nun gestützt auf Art. 73 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14) die sog. Harmoniebeschwerde an das Bundesgericht offen steht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erlaubt dem Bundesgericht zwar weitgehend, aber nicht durchwegs eine Überprüfung mit voller Kognition. Weil die Ermessensprüfung in bezug auf die im StHG nicht zwingend geregelten Materien wie im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren ausgeschlossen bleibt, ist das erkennende kantonale Gericht, um den konventionsrechtlichen Anforderungen an den Strafprozess zu genügen, gehalten, Steuerstrafsachen entgegen Art. 56 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1), jedoch gestützt auf Art. 6 EMRK mit unbeschränkter Kognition zu überprüfen.

3. [Verjährung]

4. In prozessualer Hinsicht rügen die angeschuldigten Einsprecher, die angefochtene Strafverfügung sei unmittelbar nach Aufhebung der Sistierung des Strafverfahrens ergangen. Die Einsprecher schliessen daraus, es habe gar kein Untersuchungsverfahren stattgefunden. Ferner sei ihnen nach Abschluss der Untersuchung keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden und insbesondere sei pflichtwidrig eine mündliche Anhörung durch die Steuerbehörde unterblieben.

Nach Art. 256 Abs. 1 StG untersucht die kantonale Steuerverwaltung den Sachverhalt, wobei sie insbesondere die angeschuldigte Person befragen und Zeugen einvernehmen *kann*. Diese Kann-Bestimmung auferlegt der Steuerverwaltung keine Pflicht zur mündlichen Befragung der angeschuldigten Person, sondern überlässt es weitgehend dem Ermessen des Steuerkommissärs, mit welchen Beweismitteln er den Sachverhalt festhalten will. Den Akten lässt sich dazu entnehmen, dass dem Vertreter der Einsprecher vorgängig Akteneinsicht gewährt wurde und dass er bei dieser Gelegenheit auch mündlich zum Sachverhalt angehört wurde. Mit Schreiben vom 26. Februar 2001 liessen sich die Einsprecher sodann während der von ihnen behaupteten Sistierung des Strafverfahrens auch zur in Aussicht gestellten Strafzumessung vernehmen. Unter diesen Umständen kann der Vorinstanz weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch ein Ermessensfehler beim Verzicht auf eine weitere mündliche Befragung angelastet werden, zumal die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer bei der Steuerverwaltung ihre mündliche Einvernahme ohne weiteres hätten beantragen können. Darin kann auch keine Verletzung von Art. 6 EMRK erblickt werden. Zwar ist durch diese Bestimmung vorgeschrieben, dass eine angeschuldigte Person im Steuerstrafverfahren persönlich einvernommen werden muss. Eine solche Anhörung bereits durch die Steuerverwaltung dürfte in vielen Fällen auch angezeigt sein, weil die Feststellung des Verschuldens einzig gestützt auf die Akten nicht immer möglich sein dürfte. Verzichtet die Steuerverwaltung indessen auf eine mündliche Einvernahme, verletzt dies Art. 6 EMRK nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann nicht, wenn deren Strafverfügung mit einem vollkommenen, d.h. sowohl rechtliche als auch sachverhaltliche Rügen zulassenden Rechtsmittel bei einer Justizbehörde angefochten werden kann (StE 1997 B 96.12, Nr. 8, E. 3.a mit Hinweis auf BGE 119 Ib 332 E.1.c). Die Einsprache beim Verwaltungsgericht nach Art. 261 ff. StG

entspricht diesen Anforderungen (vgl. oben Erw. 2). Dazu kommt, dass nach Art. 265 StG vor Verwaltungsgericht vorbehältlich eines Verzichts des Einsprechers eine mündliche (und öffentliche) Verhandlung durchzuführen ist. Nachdem der angeschuldigte Ehemann an Schranken befragt wurde und die Ehefrau ihrerseits darauf verzichtet hat, ist unter diesen Umständen eine Verletzung von Art. 6 EMRK ausgeschlossen.

5. [Weil die nachbesteuerten Einkommens- und Vermögensbestandteile sämtliche dem Ehemann zuzurechnen sind, wird die Ehefrau vom Vorwurf der Steuerhinterziehung freigesprochen].

6. Nach überwiegender Auffassung der Lehre und der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte muss im Unterschied zum Nachsteuerverfahren die Behörde im Strafsteuerverfahren die Höhe der hinterzogenen Steuer in jedem Fall nachweisen und hat im Zweifelsfall zugunsten des Angeschuldigten zu entscheiden (vgl. StR 2001, 428; noch undifferenziert: BGer in StR 2003, 138-143). Während im Nachsteuerverfahren die nachzuentrichtende Steuer gestützt auf die Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen veranlagt werden kann oder nötigenfalls auch geschätzt werden darf (Ermessensveranlagung), verbietet sich dies nach der Regel „in dubio pro reo“ sowie dem Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren. Als hinterzogen kann im Strafverfahren nur jener Betrag gelten, der von der Behörde zweifelsfrei nachgewiesen ist. Ein ungewisser Sachverhalt darf im Steuerstrafverfahren nicht durch eine Ermessenstaxation ersetzt werden. (vgl. C. Auer, *Das Verhältnis zwischen Nachsteuerverfahren und Strafsteuerverfahren*, ASA 65/1997, S. 14). Hingegen kann der Angeschuldigte jene Instruktionsmassnahmen nicht verhindern, welche die Behörde auch ohne seine Mitwirkung durchführen kann, wie z. B. das Einholen von Auskünften direkt bei Dritten (vgl. H. Casanova, *Die Nachsteuer*, ASA 68/1999, 1ff./14). Ferner ist es im Rahmen der freien Beweiswürdigung zulässig, Einkommens- und Vermögensteile, deren Hinterziehung nachgewiesen ist, zur Bezifferung der hinterzogenen Steuer durch *Schätzung* festzusetzen, wenn eine solche auf hinreichenden Indizien beruht und entsprechend dem Grundsatz *in dubio pro reo* zurückhaltend (*in dubio minus*) erfolgt (R. Sieber, in: *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht*, I/2b, N 55 zu Art. 182 DBG, auch zum folgenden; AR GVP 5/1993, 2124, E. 3). Demgegenüber braucht die Schätzung im Rahmen einer Ermessensveranlagung nicht mit derselben behördlichen Überzeugung zu erfol-

gen; blosser Wahrscheinlichkeit genügt hierbei. Auch kann die Ermessensveranlagung als solche nur aufgehoben werden, wenn der Steuerpflichtige die Ungewissheit des Sachverhaltes beseitigt. Eine solche Beweislastumkehr ist im Steuerstrafverfahren ausgeschlossen, weil sich dies nicht mit dem strafprozessualen Untersuchungsgrundsatz vereinbaren liesse und auch gegen die Unschuldsvermutung verstiesse.

a - d) [Der Ehemann wird für diverse nachbesteuerte Teilbeträge der Hinterziehung schuldig gesprochen; für einen auch im Strafverfahren bloss ermessensweise festgesetzten Teilbetrag wird er mangels Nachweis eines tatbestandsmässigen Handelns freigesprochen].

VGer 21.05.2003

2224

Steuerhinterziehung. Einleitungsverjährung. Strafbarkeit des Ehemannes, wenn er als Inhaber einer Einzelfirma bis zur Trennung die Buchhaltung durch seine geschiedene Ehefrau führen liess.

Aus den Erwägungen:

3. Zugunsten des angeschuldigten Einsprechers ist vorab von Amtes wegen zu prüfen (vgl. A. Gadola, *Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht*, AJP/PJA 1/95, 50ff.), ob das Strafverfahren für die Veranlagungsperioden 1995-2000 überhaupt rechtzeitig eingeleitet wurde. Nach Art. 125 des aufgehobenen Gesetzes über die direkten Steuern (aStG, vom 27. April 1958) erlischt das Recht zur Einleitung des Nachsteuer- und Steuerbussenverfahrens innert sechs Jahren nach Ablauf des letzten Jahres, in welchem die Widerhandlungen begangen wurden. Mit der Aufhebung des aStG und dem Inkrafttreten des neuen Steuergesetzes (StG, bGS 621.11) per 1.1.2001 gelangen ab diesem Datum zwar grundsätzlich die Verfahrensvorschriften des neuen Rechts zur Anwendung, jedoch nur soweit diese für die Steuerpflichtigen nicht ungünstiger sind. Letzteres gilt im vorliegenden Fall zunächst für die Strafverfolgungsverjährung, da das neue Recht in Art. 260 Abs. 1 lit. b bei der vollendeten Steuerhinterziehung eine längere Verjährungsfrist von 10 Jahren vorsieht. Damit das neue

Recht nicht mit seiner längeren Frist zurückwirkt, ist im vorliegenden Fall auf Art. 125 aStG abzustellen (so auch *Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum DBG, Zürich 1995, N 3 zu Art. 201*). Bei der vollendeten Hinterziehung beginnt altrechtlich die Frist am Ende des Jahres zu laufen, während dem der Steuerpflichtige seine falsche oder unvollständige Deklaration eingereicht hat, und sofern daraufhin die unzutreffende Veranlagung auch rechtskräftig wurde. Die Widerhandlung kann bei der vollendeten Hinterziehung mit jeder periodisch vorzunehmenden Selbstdeklaration und der gestützt darauf in Rechtskraft erwachsenen unrichtigen Veranlagung begangen werden, weshalb dieses Delikt auch für jede Steuerperiode gesondert verjährt. Selbst wenn mehrere Hinterziehungen untereinander einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, sind diese mit Bezug auf die Verjährung als verschiedene Straftaten zu behandeln (vgl. *R. Sieber in: Kommentar zum Schweiz. Steuerrecht II/2b, N 8 zu Art. 184 DBG*). In Anbetracht der Selbstdeklarationen vom 3.9.1996, 4.5.1998 und 3.4.2000 begann somit für die dem Einsprecher zur Last gelegten Hinterziehungen die Verjährungsfrist von sechs Jahren frühestens per 1.1.1997, 1.1.1999 und 1.1.2001 zu laufen (vgl. AR GVP 6/1994, Nr. 2140, E.6). Da das Strafverfahren gegen den Einsprecher für die Jahre 1995-2000 mit Schreiben vom 26. Oktober 2002 förmlich eröffnet wurde, steht fest, dass das Strafverfahren jedenfalls rechtzeitig eingeleitet wurde.

4. Nach Art. 111 Abs. 1 aStG begeht eine vollendete Steuerhinterziehung, wer als Steuerpflichtiger schuldhaft Steuern vorenthält. Der Täter hat diesfalls nebst der Nachsteuer Zuschläge im Verhältnis der vorenthaltenen Steuern zum pflichtigen Gesamtbetrag zu entrichten, wobei sich die proportionalen Zuschläge zwischen 0 bis 300% der Nachsteuer bewegen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung kann der so berechnete Zuschlag auf der Nachsteuer bei blosser Fahrlässigkeit angemessen ermässigt und bei besonders schwerem Verschulden oder Rückfall höchstens um die Hälfte erhöht werden. Nach Art. 243 Abs. 1 des (neuen) StG wird mit Busse bestraft, wer als steuerpflichtige Person vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterbleibt, oder dass eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist. Die Busse beträgt nach Art. 243 Abs. 2 nStG in der Regel das Einfache der hinterzogenen Steuer. Sie kann bei leichtem Verschulden bis auf einen Drittel ermässigt, bei schwerem Verschulden bis auf das Dreifache erhöht werden. Dabei gilt die sog. *lex mitior*

grundsätzlich auch im Verwaltungsstrafverfahren; demnach ist das neue materielle Recht auf vor dem 1. Januar 2001 vollendete Steuerhinterziehungen anzuwenden, wenn das neue Recht sich im konkreten Fall günstiger auswirkt, als das alte Recht (vgl. S. Trechsel, *Kurzkommentar*, 2. Aufl., N 10 zu Art. 2 StGB). Dabei ist das insgesamt mildere Gesetz integral anzuwenden und nicht eine günstigere Kombination von altem und neuem Recht (vgl. R. Sieber in: *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, I/2b, Vorbem. zu Art. 174-185 N2).

a) Gemäss Ziff. 3 seiner Einsprache wird vom Angeschuldigten nicht bestritten, dass durch die Nichtdeklaration der bei der Z-Bank in R. und bei der Sparkasse in B. gehaltenen Depots und Bankkonten eine Steuerverkürzung von total Fr. 64'000.-- bzw. bezüglich Land-, Gemeinde- und Kirchensteuern von Fr. 49'276.40 entstanden ist. Da die Steuerverkürzungen für die drei Steuerperioden durch die Akten in dieser Höhe belegt sind, steht fest, dass der Einsprecher den Tatbestand der Steuerhinterziehung zumindest in objektiver Hinsicht in diesem Betrag vollendet hat.

b) Soweit der angeschuldigte Einsprecher geltend machen liess, in Bezug auf die objektive Schwere der Tat dürfe ihm nicht der gesamte Betrag angelastet werden, weil ein Teil des nichtdeklarierten Vermögens von jeweils rund Fr. 500'000.-- nicht als persönlich, sondern als gemeinschaftlich zu qualifizieren sei, hat seine Befragung an Schranken folgendes ergeben: Der Einsprecher hat die banklagernd gehaltenen Konti und Depots bei der Z-Bank und der Sparkasse in B. eigenhändig und ohne Mitwirkung seiner Ehefrau eröffnet und verwaltet. Nach seinen Angaben an Schranken war er es, der sich Jahr für Jahr den aktuellen Kontoauszug auf den betreffenden Banken hat aushändigen lassen und somit war auch einzig er in der Lage, diese vollständig zu deklarieren. Er war als Inhaber an diesen Depots und Konti berechtigt, weshalb die Vorinstanz diese zu Recht als sein Vermögen qualifiziert hat. Da der Einsprecher die drei Wertschriftenverzeichnisse für die Jahre 1995-2000 alle eigenhändig unterschrieb, hat er damit wahrheitswidrig die Vollständigkeit der darin gemachten Angaben erklärt. Nachdem die Veranlagungen per 1995-2000 ohne die auf den beiden Banken lagernden Vermögen und Vermögenserträge rechtskräftig geworden sind, steht fest, dass dem Einsprecher objektiv zu Recht eine vollendete Hinterziehung im vollen Betrag von Fr. 49'276.40 angelastet wird. An der eigenhändigen Tatbegehung ändert nichts, dass die Ex-Ehefrau des Einsprechers einzig, aber im-

merhin das Wertschriftenverzeichnis der Periode 1997/98 mitunterzeichnet hat. Denn auch in dieser Periode hätte es der Einsprecher aufgrund der eigenhändig eingeholten Bankauszüge in der Hand gehabt, die betreffenden Bankkonti und Depots vollständig zu deklarieren. Es kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass die Hinterziehung durch seine Ex-Ehefrau und ohne Wissen des Angeschuldigten ausgeführt worden ist. Dass der Angeschuldigte seine in R. und B. banklagernd gehaltenen Konti und Depots nicht deklariert haben will, weil er davon ausgegangen sei, diese Vermögen stammten aus bereits versteuertem Geld, ändert an der objektiven Tatbegehung nichts. In den eigenhändig unterschriebenen Wertschriftenverzeichnissen wird nämlich ausdrücklich nach Bankguthaben und Wertschriften und nicht nach der Herkunft der Mittel gefragt.

Nach Art. 248 StG wird die in rechtlich oder tatsächlich ungetrennter Ehe lebende steuerpflichtige Person nur für die Hinterziehung ihrer eigenen Steuerfaktoren gebüsst. Dieser Grundsatz ist, wie gleich zu zeigen ist, vorliegend nicht verletzt, weshalb offen bleiben kann, ob dieser auch im alten Recht Gültigkeit hatte. Dass der Einsprecher im Rahmen der Scheidung güterrechtliche Forderungen seiner Ehefrau aus den Konti bei den beiden Banken bezahlt haben will, ändert am Umfang seiner Tatbegehung nichts. Denn der Einsprecher war verpflichtet, namentlich mit der Steuererklärung 1999/2000 die per 1.1.1999 gehaltenen Bankkonti und Depots entsprechend den ihm persönlich ausgehändigten Bankauszügen zu deklarieren. Nach den vom Einsprecher als Beleg für die Zahlungen an seine Ehefrau einzig vorgelegten act. 21 und 22 sind diese Zahlungen allesamt erst im Verlauf des Jahres 1999 getätigt worden. Daher ist offenkundig, dass die Zahlungen gegebenenfalls weder den von der Hinterziehung zuletzt betroffenen Vermögensstand per 1.1.1999 noch den für die Bemessung der Steuerjahre 1999/2000 massgebenden Bruttoertrag per 1997 und 1998 zu schmälern vermocht haben. Die von der Vorinstanz bestrittenen Zahlungen an die Ex-Ehefrau im Gesamtbetrag von Fr. 322'313.10 sind für den Umfang der dem Angeschuldigten per 1995-2000 zur Last gelegten Hinterziehungen ohne Belang. Damit steht fest, dass dem Angeschuldigten die Hinterziehung eigener und nicht etwa die Hinterziehung von Faktoren seiner Ehefrau zur Last gelegt wird. Zumindest in objektiver Hinsicht bleibt es dabei, dass dem Einsprecher die Hinterziehung von Landes-, Gemeinde- und Kirchen-

steuern im Gesamtbetrag von Fr. 49'276.40 zur Last gelegt werden muss.

c) In subjektiver Hinsicht setzt die Steuerhinterziehung sowohl alt- wie neurechtlich vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraus. Nachdem der Einsprecher sich jeweils persönlich die Bank- und Depotauszüge hat aushändigen lassen und er auch alle drei Wertschriftenverzeichnisse unterzeichnet hat, gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass der Angeschuldigte seine in R. und B. gehaltenen Bankkonti und Depots jeweils mit Wissen und Willen nicht deklariert hat. Der angeschuldigte Einsprecher hat durch seine Unterschrift auf den drei Wertschriftenverzeichnissen wider besseres Wissen erklärt, die darin gemachten Angaben zu seinen Bankkonti und Wertschriften seien vollständig und richtig. Wer wie der Angeschuldigte über Jahre Vermögenswerte zwischen Fr. 400'000.-- bis Fr. 500'000.-- banklagernd hält und sich jeweils persönlich über den Stand seiner Konti und Depots informieren lässt, kann sich über die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit seiner Vermögensdeklaration selbst dann nicht im Unklaren sein, wenn er gegebenenfalls das von der Ehefrau ausgefüllte Wertschriftenverzeichnis unterzeichnet und die betreffenden Konti und Depots darin nicht aufgeführt sind. Daher ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, der Einsprecher habe die im Betrag von Fr. 49'276.40 nachgewiesenen Steuerverkürzungen vorsätzlich erwirkt.

Dass die Ex-Ehefrau für seinen Betrieb jeweils die administrativen Belange besorgt hat, vermag den Angeschuldigten auch deshalb nicht zu entlasten, weil ihr damit die Besorgung der privaten Vermögensangelegenheiten des Angeschuldigten eben gerade nicht aufgetragen war. Dass dem so ist, bestätigt der an Schranken anerkannte Umstand, dass es jeweils nicht Sache der Ehefrau war, sich auf den beiden Banken die jährlichen Auszüge zu beschaffen. Dass er angenommen habe, die Wertschriften und Bankkonti seien in der Buchhaltung aufgeführt, trifft nicht zu und durfte der Angeschuldigte in Kenntnis der Auszüge nicht ohne eigene Kontrolle annehmen. Wer im Rahmen der Familienbesteuerung sich die Bankauszüge seiner Konti und Depots verschafft, hat sicher zu stellen, dass diese in der Buchhaltung oder zumindest im Wertschriftenverzeichnis verbucht bzw. deklariert werden. Dass gegen die Ehefrau ein separates Nachsteuerungsverfahren durchgeführt wurde, ist aktenkundig. Dass die Ehefrau zu Recht nicht in das vorliegende Verfahren einbezogen wurde, ergibt

sich daraus, dass auch sie nur für die Hinterziehung ihrer eigenen Steuerfaktoren belangt werden kann. Der Angeschuldigte verkennt, dass das Unterzeichnen der Steuererklärung und erst recht das blosse Mitunterzeichnen des Wertschriftenverzeichnisses seitens der Ex-Ehefrau für sich allein keine Mitwirkung bezüglich der Faktoren des anderen Ehegatten zu begründen vermag (Art. 248 Abs. 2 StG). Daher ist die Durchführung je separater Verfahren weder zu beanstanden noch kann sich der Angeschuldigte damit entlasten.

5) Ist der Angeschuldigte im Betrag von Fr. 49'276.40 der vorsätzlichen Hinterziehung von Landes-, Gemeinde- und Kirchensteuern schuldig zu sprechen, bleibt zu prüfen, ob die Strafzumessung nach altem oder neuem Recht vorzunehmen ist. Nach neuem Recht wäre dem Angeschuldigten als Regelbusse 100% der hinterzogenen Steuer und mithin eine Busse von Fr. 49'276.40 aufzuerlegen (Art. 243 Abs. 1 StG). Demgegenüber erweist sich das alte Recht als milder, weil es für den vorliegenden Fall als Regelbusse lediglich 30% des *ohne Zinsen* nachbesteuerten Betrages von Fr. 39'892.-- und mithin eine Busse von Fr. 11'967.70 vorsieht (Art. 111 Abs. 1 und 2 aStG).

Dieses Regelstrafmass ist Ausgangspunkt für die Strafzumessung nach dem Verschuldensprinzip. Dabei sind die Schwere der Verfehlung, die Vorwerfbarkeit der Verhaltensweise des Täters, dessen Vorleben sowie namentlich auch dessen persönliche Verhältnisse bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidfällung zu berücksichtigen, nach denen sich seine Strafempfindlichkeit beurteilt. Die über mehrere Steuerperioden hinweg fortgesetzte Tatbegehung darf für sich genommen nicht zu einer Straferhöhung führen, da sie aufgrund der Verknüpfung der Bussenzumessung mit der hinterzogenen Steuer bereits eine Ausdehnung des Strafrahmens zur Folge hat (*R. Sieber in: Komm. zum Schweiz. Steuerrecht I/1, N 38 zu Art. 56 StHG*). Dass der Einsprecher seine banklagernd gehaltenen Vermögenswerte mit Wissen und Willen und damit vorsätzlich hinterzogen hat, wurde ausgeführt. Dazu kommt, dass es sich bei einem hinterzogenen Betrag von insgesamt rund Fr. 49'000.-- auch objektiv um eine schwere Verfehlung handelt. Deshalb besteht kein Grund für eine Reduktion der Busse unter das Regelstrafmass. Das Verschulden des Angeschuldigten ist aber auch nicht derart schwer, dass die Busse erhöht werden müsste. Die Vorinstanz hat sodann zutreffend festgestellt, dass auch die aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Angeschuldigten keine Strafminderung zu begründen vermag. Der Einsprecher verfügt

nach seinen eigenen Angaben in der Steuererklärung 2001b nebst einem steuerpflichtigen Einkommen von rund Fr. 50'000.-- über ein steuerbares Vermögen von Fr. 529'654.--. Die von der Vorinstanz beantragte Busse von Fr. 11'967.70 erscheint daher auch mit Blick auf die Strafempfindlichkeit des Angeschuldigten als angemessen. Stichhaltige andere Gründe die für eine Reduktion der Busse sprechen, sind weder dargetan noch ersichtlich. Die Einsprache des Angeschuldigten erweist sich somit als unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist.

VGer 17.09.2003

2225

Mutwillige Prozessführung. Folgen im Bereich der beruflichen Vorsorge.

Sachverhalt:

Die beklagte Arbeitgeberin hatte sich zwecks Durchführung der beruflichen Vorsorge einer Sammelstiftung der 2. Säule angeschlossen. Bis zum September 2001 wurden die von der Sammelstiftung in Rechnung gestellten BVG-Beiträge anstandslos und fristgerecht bezahlt. Dies änderte sich ab der Akontorechnung vom 30. November 2001, sowie der Schlussrechnung für das gesamte Jahr 2001, die im Betrage von Fr. 20'454.60 offen blieben. Per 1. Januar 2002 wechselte die Beklagte ihre Einrichtung der beruflichen Vorsorge und ist seither einer anderen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen. Am 15. Januar 2002 wurde der Beklagten die Schlussabrechnung zugestellt. Nachdem die offene Zahlung nicht eingegangen war, wurde der Beklagten ein Kontoauszug und am 23. April 2002 eine Mahnung zugestellt. Auf diese Vorkehren hat die Beklagte weder reagiert noch die Ausstände bezahlt. Sie wurde daher am 28. Juni 2002 betrieben und hat ohne Begründung Rechtsvorschlag erhoben. Mit Eingabe vom 24. Januar 2003 hat die Sammelstiftung bei dem im Sinne von Art. 73 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) in Verbindung mit Art. 57 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zuständigen Verwaltungsgericht Klage eingereicht mit dem Begehren,

es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 20'454.60 nebst Zins zu 5% seit 23. April 2002 zu bezahlen; ferner sei in der Betreuung des Betreibungsamtes Appenzeller Mittelland der Rechtsvorschlag im genannten Betrag aufzuheben und der Klägerin definitive Rechtsöffnung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Die zur Vernehmlassung eingeladene Beklagte hat dem Gericht mit Schreiben vom 3. März 2003 mitgeteilt, dass es ihr nach der Kündigung der 2. Säule bei der Sammelstiftung nicht klar gewesen sei, an wen der Betrag von Fr. 20'454.60 zu bezahlen sei. Sie werde die Zahlung nachholen, sobald sie wisse, wohin die Pensionskassengelder zu bezahlen seien. Von der Sammelstiftung werde ein Einzahlungsschein mit allen nötigen Angaben erwartet.

Aus den Erwägungen:

3. Durch ihre Eingabe vom 3. März 2003 hat die Beklagte die Klage der Sammelstiftung vollumfänglich und bedingungslos anerkannt. Die Streitsache ist damit erledigt und wird in Anwendung von Art. 47 Abs. 2 lit. a VRPG einzelrichterlich am Gerichtsprotokoll abgeschrieben.

4. Beim vorliegenden Klageverfahren handelt es sich um ein Anerkennungsverfahren im Sinne von Art. 79 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1). In diesem Anerkennungsverfahren wird nicht nur über den materiellen Anspruch entschieden, sondern auch über die Beseitigung der Wirkungen des Rechtsvorschlags. Die Klägerin hat denn auch die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 21780 verlangt, welchem Antrag ohne weiteres stattzugeben ist. Der weitere Antrag auf Erteilung der definitiven Rechtsöffnung hingegen ist irrig. Im Rechtsöffnungsverfahren geht es nicht um den materiellen Bestand der betriebenen Forderung, sondern einzig um deren Vollstreckbarkeit. Rechtsöffnungsrichter im Kanton Appenzell A.Rh. sind zudem ausschliesslich die Einzelrichter des Kantonsgerichts und des Obergerichts (Art. 8 Ziff. 8 lit. b und Art. 14 Ziff. 1 ZPO), in keinem Falle aber das Verwaltungsgericht.

5. Das Verfahren vor dem kantonalen Gericht im Sinne von Art. 73 BVG ist in der Regel kostenlos. Eine Ausnahme gilt bei mutwilliger Prozessführung. Im Zusammenhang mit Prämienstreitigkeiten im Bereiche der beruflichen Vorsorge ist aufgrund der besonderen Natur des Verfahrens bei der Beurteilung der Mutwilligkeit nicht nur auf das

Verhalten des Zahlungspflichtigen im gerichtlichen Verfahren abzustellen, sondern auch dessen Verhalten im vorprozessualen Stadium mitzuberücksichtigen (BGE 124 V 285). So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht etwa entschieden, dass mutwillig handelt, wer als Arbeitgeber oder Versicherter Rechnungen oder Mahnungen nicht beachtet, sich deswegen von der Vorsorgeeinrichtung betreiben lässt, diese bei materiell offensichtlich unbegründetem Standpunkt mittels Rechtsvorschlag zwingt, den Rechtsweg zu beschreiten und in diesem selber veranlassten Prozess wiederum nichts von sich hören lässt und somit nicht das geringste zur Klärung des Sachverhaltes beiträgt. Genau so hat sich die Beklagte im Vorfeld dieses Prozesses verhalten. Nachdem die Klägerin beim Verwaltungsgericht eine Klage anhängig gemacht hatte, hat die Beklagte diese umgehend anerkannt und damit zum Ausdruck gebracht, dass das Klageverfahren an sich unnütz gewesen wäre. Dieses Verhalten der Beklagten ist mutwillig. Es sind ihr daher die Gerichtskosten aufzuerlegen. Diese werden in Anwendung von Art. 4a Abs. 1 des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (bGS 233.2) auf Fr. 600.-- festgesetzt.

6. Den obsiegenden Sozialversicherungsträgern wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Eine Ausnahme zu dieser Regel gilt gemäss BGE 126 V 143 in allen Zweigen der Bundessozialversicherung für Fälle, in denen den Versicherten mutwillige, wie hier, oder leichtsinnige Prozessführung vorzuwerfen ist. Die Klägerin hat mit dem Hinweis auf das mutwillige Verhalten der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'012.70 geltend gemacht. Dieser Betrag ist ohne weiteres angemessen und wird der Klägerin zugesprochen.

VGP 03.04.2003

2226

Invalidenrente aus beruflicher Vorsorge. Füllen einer in Art. 37 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über die Pensionskasse von Appenzell A.Rh. festgestellten Regelungslücke. Für die Bemessung der Rentenansprüche einer invaliden Versicherten, welche nur vorübergehend vollzeitlich beschäftigt war, ist im Grundsatz auf die letzte, vor Eintritt der Invalidität festgesetzte versicherte Besoldung abzustellen und nicht auf die versicherte Besoldung bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, welche später zur Vollinvalidität geführt hat.

Sachverhalt

X. war ab 1. Februar 1990 als Teilzeitangestellte des Kantons Appenzell Ausserrhoden Mitglied der kantonalen Pensionskasse. Ihr Beschäftigungsgrad betrug bis 14. August 1999 70%. Für die Zeit vom 15. August 1999 bis 31. Dezember 2000 bewilligte ihr der Regierungsrat eine Erhöhung ihres Pensums auf 100%. Ab 26. September 2000 war X. krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Vom 1. Januar 2001 bis zum 30. September 2001 wurde ihr eine Lohnfortzahlung auf der Basis eines Beschäftigungsgrades von 70% ausgerichtet. Auf den 31. Oktober 2001 wurde das Anstellungsverhältnis aufgelöst. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2001 sprach die IV-Stelle des Kantons Appenzell Ausserrhoden X. mit Wirkung ab 1. September 2001 eine ganze Invalidenrente zu. Die Pensionskasse von Appenzell Ausserrhoden teilte ihr hierauf mit Schreiben vom 11. Januar und 15. März 2002 mit, dass ihr nach Massgabe der am 1. September 2001 versicherten Besoldung von Fr. 36'710.-- ab 1. Oktober 2001 eine volle Invalidenrente von Fr. 20'191.20 sowie eine Kinderrente für ihren 1985 geborenen Sohn Y. von Fr. 4'038.60 pro Jahr ausgerichtet werde. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Verwaltungskommission der Pensionskasse mit Einspracheentscheid vom 22. Mai 2002 ab.

Mit Klage vom 1. Juli 2002 liess X. beim Verwaltungsgericht beantragen, die Pensionskasse Appenzell Ausserrhoden sei zu verpflichten, ihr auf Grundlage eines Beschäftigungsgrades von 100% und eines versicherten Verdienstes von Fr. 51'900.-- eine Nachzahlung von Fr. 7'518.15 nebst Verzugszins auf den vom 1. Oktober 2001 bis 30. Juni 2002 ausgerichteten Invaliden- und Kinderrenten auszurichten; ab 1. Juli 2002 seien ihr eine Invalidenrente von Fr. 28'545.--

sowie eine Kinderrente von Fr. 5'709.--, insgesamt Fr. 34'254.-- pro Jahr und ab 1. Oktober 2001 Alterskapitalgutschriften auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 51'900.-- auszurichten. Das Verwaltungsgericht hiess diese Klage mit Entscheid vom 11. Dezember 2002 gut.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Pensionskasse Appenzell A.Rh. hiess das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) am 17. Februar 2004 wie folgt gut (B 35/03):

Aus den Erwägungen des EVG:

2.1 Die Pensionskasse von Appenzell Ausserrhoden vertritt die Auffassung, weil sie höhere als die im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) vorgesehenen Mindestleistungen erbringe, sei sie gestützt auf die ihr in Art. 49 BVG für den überobligatorischen Bereich gewährleistete Autonomie nicht an die für die Bemessung von Invalidenrenten geltenden gesetzlichen Mindestvorschriften gebunden. Die Vorinstanz habe daher die der Pensionskasse gemäss Art. 49 BVG zustehende Gestaltungsfreiheit verletzt, indem sie die zu beurteilende Streitfrage nicht ausschliesslich gestützt auf die massgebenden Bestimmungen der Verordnung über die Pensionskasse von Appenzell Ausserrhoden vom 21. Juni 1999 (bGS 142.231, im Folgenden: PKV) entschieden habe. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigespflichtet werden.

2.2 Art. 49 Abs. 1 BVG gewährt den Vorsorgeeinrichtungen Gestaltungsfreiheit nur "im Rahmen des Gesetzes". Dies bedeutet, dass der erweiterte Autonomiebereich nur für die überobligatorische oder weitergehende Vorsorge gilt, im obligatorischen Bereich aber die Mindestvorschriften des zweiten Teils des BVG (Art. 7 bis Art. 47 BVG) zu beachten sind. Gewährt eine sog. umhüllende Vorsorgeeinrichtung wie die Pensionskasse von Appenzell Ausserrhoden ausser den obligatorischen Leistungen auch weitergehende, überobligatorische Leistungen, ist sie daher im obligatorischen Bereich an die Mindestvorschriften des zweiten Teils des BVG gebunden (BGE 121 V 106 Erw. 4a).

3.1 Gemäss Art. 37 Abs. 1 Satz 1 PKV hat der Versicherte bei Vollinvalidität Anspruch auf eine lebenslängliche Invalidenrente. Diese beträgt bis zur Vollendung des 63. Altersjahres 55% der versicherten Besoldung, danach 6.8% des nach Art. 33 Abs. 4 weitergeführten

Altersguthabens (Satz 2). Die Kinderrenten für invalide Versicherte betragen für jedes anspruchsberechtigte Kind 20% der versicherten oder laufenden Invalidenrente (Art. 47 Abs. 1 PKV).

Die versicherte Besoldung ist in Art. 14 Abs. 2 und 3 PKV wie folgt definiert:

²Sie entspricht der Jahres-Grundbesoldung einschliesslich 13. Monatslohn und Teuerungszulagen, aber ohne Dienstaltersgeschenke sowie andere Zulagen (Jahresbruttolohn genannt), vermindert um den Koordinationsabzug gemäss Abs. 3.

³Der Koordinationsabzug beträgt 25% des Jahresbruttolohnes zuzüglich 40% der maximalen einfachen AHV-Altersrente, zusammen im Maximum 100% dieser Rente. Für Teilzeitbeschäftigte wird der feste Anteil bzw. der Maximalbetrag des Abzuges entsprechend dem Beschäftigungsgrad reduziert."

3.2 Die Pensionskasse Appenzell Ausserrhoden hat die der Beschwerdegegnerin zugesprochene Invaliden- und Kinderrente nach Massgabe der am 1. September 2001 versicherten Besoldung von Fr. 36'710.-- (Jahresbruttolohn von Fr. 54'008.-- entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 70% abzüglich Koordinationsabzug gemäss Art. 14 Abs. 3 PKV von Fr. 17'298.--) berechnet. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin vertreten die Auffassung, massgebend sei im Sinne von Art. 23 BVG die bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit versicherte Besoldung, somit diejenige vom September 2000. Damals war die Beschwerdegegnerin vollzeitbeschäftigt und ihr Jahresbruttolohn betrug Fr. 76'013.--, sodass die versicherte Besoldung bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, die zur Invalidität geführt hat, sich auf Fr. 51'900.-- belief (Jahresbruttolohn von Fr. 76'013.--, abzüglich Koordinationsabzug gemäss Art. 14 Abs. 3 PKV von Fr. 24'113.--).

3.3 Die zeitliche Bemessungsgrundlage, auf welche bei der Berechnung des versicherten Verdienstes abzustellen ist, wird in Art. 37 Abs. 1 PKV, gemäss dessen Wortlaut, nicht geregelt. Die Antwort auf diese Rechtsfrage kann auch nicht auf dem Wege der Auslegung aus dem Zweck dieser Norm des kantonalen Vorsorgerechts, den ihr zu Grunde liegenden Wertungen oder aus dem Sinnzusammenhang, in dem sie steht, entnommen werden. Es liegt daher eine vom Richter auszufüllende echte Lücke vor, die nach jener Regel zu schliessen ist, welche der Richter aufstellen würde, müsste er in diesem Punkt Verordnungsgeber sein (BGE 124 V 307 Erw. 4c mit Hinweis).

3.3.1 Für die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfrage sind in erster Linie die diesbezüglichen, für die gesetzlichen Mindestleistungen geltenden Regeln zu beachten. Denn der Verordnungsgeber des Kantons Appenzell Ausserrhoden hat für die Berufungsvorsorgeversicherung seines Staatspersonals und seiner Lehrkräfte keine davon abweichende, für die Versicherten günstigere Regelung getroffen. Und es fehlen auch Anhaltspunkte dafür, dass er dies getan hätte, wenn er sich der bestehenden Regelungslücke bewusst gewesen wäre.

3.3.2 Die gesetzlichen Mindestvorschriften statuieren als Bemessungsgrundlage für die Invaliditätsleistungen die bis zum Beginn des Anspruchs auf eine Invalidenrente erworbenen Altersgutschriften sowie die Summe der Altersgutschriften für die bis zum Rentenalter fehlenden Jahre ohne Zins (Art. 24 Abs. 2 BVG). In zeitlicher Hinsicht bestimmt Art. 24 Abs. 3 BVG Folgendes: Diese Altersgutschriften werden auf dem koordinierten Lohn des Versicherten während seines letzten Versicherungsjahres in der Vorsorgeeinrichtung berechnet.

Gestützt auf die dem Bundesrat in Art. 34 Abs. 1 lit. a BVG erteilte Delegationskompetenz hat dieser in Art. 18 BVV 2 (SR 831.441.1) Ausführungsbestimmungen für Invaliditätsfälle erlassen, in denen das letzte Versicherungsjahr im Sinne von Art. 24 Abs. 3 BVG nicht vollständig oder der Versicherte während diesem Jahr nicht voll erwerbsfähig gewesen ist. In Art. 18 BVV 2 ist die Berechnung des koordinierten Lohnes für diese Invaliditäts- und Versicherungsfälle wie folgt geregelt (vgl. BGE 129 V 18 f.): Bei Eintritt der Invalidität entspricht der koordinierte Lohn während des letzten Versicherungsjahres dem letzten koordinierten Jahreslohn, der für die Altersgutschriften festgelegt wurde (Art. 18 Abs. 1 BVV 2). Weicht die Vorsorgeeinrichtung bei der Bestimmung des koordinierten Lohnes vom Jahreslohn ab (Art. 3 Abs. 2), so muss sie auf die koordinierten Löhne während der letzten zwölf Monate abstellen; hat der Versicherte ihr jedoch weniger lang angehört, so wird der koordinierte Jahreslohn durch Umrechnung des bis dahin angefallenen Lohnes bestimmt (Art. 18 Abs. 2 BVV 2). War der Versicherte während des Jahres vor dem Versicherungsfall wegen Krankheit, Unfall oder aus ähnlichen Gründen nicht voll erwerbsfähig, so wird der koordinierte Jahreslohn des letzten Versicherungsjahres dem koordinierten Jahreslohn aufgrund des Lohnes bei voller Erwerbsfähigkeit berechnet (Art. 18 Abs. 3 BVV 2).

In der obligatorischen Berufsvorsorgeversicherung gilt somit nach der Grundregel von Art. 18 Abs. 1 BVV 2 der letzte für die Altersgut-schriften festgesetzte koordinierte Jahreslohn auch als koordinierter Lohn während des letzten Versicherungsjahres im Sinne von Art. 24 Abs. 3 BVG. Mit den Sonderregeln von Art. 18 Abs. 2 und 3 BVV 2 wird sichergestellt, dass für die Invalidenrentenbemessung auch dann auf den letzten koordinierten Jahreslohn abgestellt wird, wenn der Versicherte vor Eintritt der Invalidität nicht ein ganzes Jahr versichert gewesen ist oder während dieses Vorjahres aus gesundheitlichen Gründen nur noch ein reduziertes Erwerbseinkommen erzielt hat. Die im Invaliditätsfall versicherten gesetzlichen Mindestleistungen werden demgemäss grundsätzlich stets nach dem zuletzt, vor Eintritt des Versicherungsfalles versicherten (koordinierten) Jahreslohn und bloss in Sonderfällen nach einem hypothetischen, nicht dem im Jahr vor Eintritt des Versicherungsfalles effektiv versicherten koordinierten Lohnes bemessen.

3.3.3 Die gesetzliche Regelung der für die Invaliditätsmindestleistungen massgebenden zeitlichen Bemessungsgrundlage beruht auf dem Grundgedanken, dass das letzte Erwerbseinkommen, das der Versicherte vor Eintritt der Invalidität erzielt hat oder als Gesunder hätte erzielen können, ohne besondere Schwierigkeiten ermittelt werden kann und im Regelfall auch dem Erwerbseinkommen entspricht, das er in Zukunft erzielt hätte, wenn er nicht invalid geworden wäre. Künftige Erhöhungen des Erwerbseinkommens, welche der Versicherte ohne Invalidität hätte erzielen können, bleiben ebenso ausser Betracht wie Einkommensveränderungen, die vor der letzten Festsetzung des versicherten koordinierten Lohnes oder mehr als ein Jahr vor dem Versicherungsfall und nicht invaliditätsbedingt eingetreten sind. Auf demselben Grundgedanken beruht die Regelung des für die Invalidenrentenbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung massgebenden versicherten Verdienstes. Er entspricht gemäss Art. 15 Abs. 2 UVG ebenfalls dem innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogenen Lohn und wo das Versicherungsverhältnis weniger lang gedauert hat, wird der letzte effektiv bezogene Lohn auf ein Jahr umgerechnet (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV).

3.3.4 Es ist sachgerecht, die in Art. 37 Abs. 1 PKV vorhandene Regelungslücke analog den dargelegten gesetzlichen Regeln so zu schliessen, dass im Grundsatz die letzte, vor Eintritt der Invalidität festgesetzte versicherte Besoldung die zeitliche Bemessungsgrundla-

ge für die Rentenansprüche eines invaliden Versicherten bildet. Ob und für welche Sonderfälle Ausnahmeregeln von dieser Grundregel Platz greifen müssen, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, weil ein solcher Sonderfall hier nicht gegeben ist. Vielmehr wurde die versicherte Besoldung der Beschwerdegegnerin vor Eintritt ihrer Invalidität letztmals für das Kalenderjahr 2001 per 1. Januar 2001 auf Fr. 36'710.-- festgesetzt. Das ist die im letzten Versicherungsjahr vor Eintritt des Invaliditäts- und Versicherungsfalles am 1. September 2001 versicherte Besoldung. Die Pensionskasse Appenzell Ausserrhoden hat daher die der Beschwerdegegnerin zugesprochene Invaliden- und Kinderrente zu Recht auf dieser Bemessungsgrundlage berechnet.

3.3.5 Die Vorinstanz hat für die Schliessung der in Art. 37 Abs. 1 PKV enthaltenen Regelungslücke Art. 23 BVG herangezogen. Nach dieser Bestimmung steht der Anspruch auf Invalidenleistungen jenen Personen zu, die im Sinne der Invalidenversicherung zu mindestens 50% invalid sind und bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, versichert waren. Die Leistungsvoraussetzung der Versicherteneigenschaft muss somit bereits im Zeitpunkt des Eintrittes der für die Entstehung der Invalidität relevanten Arbeitsunfähigkeit und nicht erst bei Eintritt des Invaliditäts- und Versicherungsfalles gegeben sein. Damit wird bezweckt, den Versicherungsschutz auch dann zu gewährleisten, wenn die Versicherteneigenschaft nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit - zufolge Auflösung des Arbeits- und Versicherungsverhältnisses - dahinfällt oder das versicherte Invaliditätsrisiko erst nach einer längeren Zeit der Arbeitsunfähigkeit - gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 BVG nach einer Arbeitsunfähigkeitsdauer von einem Jahr - eintritt (BGE 123 V 264 Erw. 1b, 118 V 98 Erw. 2b). Zugleich hat Art. 23 BVG die Funktion, die Haftung verschiedener Vorsorgeeinrichtungen gegeneinander abzugrenzen, wenn ein in seiner Arbeitsfähigkeit bereits beeinträchtigter Versicherter ein neues Arbeits- und Versicherungsverhältnis eingeht (BGE 123 V 264 Erw. 1c, 120 V 117 Erw. 1c).

Die Festlegung der für die Invalidenleistungen massgebenden Berechnungsgrundlage liegt hingegen ausserhalb des Normzweckes von Art. 23 BVG. Diese Bestimmung darf deshalb auch nicht auf dem Wege der Analogie zur Schliessung einer diesbezüglichen Regelungslücke im kantonalen Vorsorgerecht herangezogen werden.

3.3.6 Ebenfalls sachfremd ist die Argumentation der Beschwerdegegnerin X., wenn sie geltend macht, gestützt auf das im Sozialversicherungsrecht gültige Äquivalenzprinzip habe sie Anspruch auf eine Invalidenrente nach Massgabe jener Besoldung, auf der sie am Tage des Eintritts des Versicherungsfalles Risikobeiträge geleistet habe. Denn sie übersieht, dass ihre Invalidität und damit der Versicherungsfall nicht im September 2000 eingetreten ist, als sie arbeitsunfähig wurde, sondern erst nach Ablauf der Wartefrist von einem Jahr (gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 BVG) am 1. September 2001. Zudem ist die berufsvorsorgerechtliche Invalidenversicherung stets eine Risikoversicherung, die - im Gegensatz zur Vorsorgeversicherung für das Altersrisiko - nicht auf einem individuellen Gleichgewicht (Äquivalenz) zwischen den vom einzelnen Versicherten geleisteten Beiträgen und den ihm zustehenden Leistungen beruht. Für die berufsvorsorgerechtlichen Invalidenleistungen gilt vielmehr der Grundsatz der kollektiven Äquivalenz (vgl. Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 204), wonach innerhalb der Vorsorgeeinrichtung als Ganzes und damit für die Gemeinschaft aller Versicherten ein Gleichgewicht zwischen (Risiko-)Beiträgen und Leistungen gewährleistet sein muss. Die Höhe der von der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Eintritts ihrer Arbeitsunfähigkeit für das Invaliditätsrisiko geleisteten Beiträge kann daher nicht Anknüpfungspunkt für die Bemessung ihrer Invalidenleistungen sein.

4. Der vorinstanzliche Entscheid ist aus diesen Gründen aufzuheben und die Klage abzuweisen. Es wird festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin X. für die Zeit ab 1. Oktober 2001 Anspruch auf eine volle Invalidenrente und eine Kinderrente berechnet auf einer versicherten Besoldung von Fr. 36'710.-- hat.

EVG 17.02.2004

2227

Vorsorgeausgleich nach Ehescheidung. Fehlende schriftliche Zustimmung der Ehefrau zur Barauszahlung (Art. 5 Abs. 2 FZG). Die ohne schriftliche Zustimmung des Ehegatten vorgenommene Barauszahlung ist ungültig. Sie wird so behandelt, wie wenn sie nicht aus dem Kreislauf der 2. Säule ausgeschlossen wäre.

Sachverhalt:

Das Kantonsgericht hat die Eheleute A. - B. geschieden. Der Scheidungspunkt ist rechtskräftig. Das Verfahren betreffend eine allfällige Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehemannes gegenüber der Ehefrau hat das Kantonsgericht bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides des Verwaltungsgerichts über die Aufteilung der Austrittsleistungen der Parteien gegenüber ihren Vorsorgeeinrichtungen sistiert. Bezüglich der genannten Austrittsleistungen hat das Kantonsgericht (rechtskräftig) entschieden, dass die Parteien Anspruch auf je die Hälfte der Austrittsleistung des andern haben. Nachdem im Rahmen des Scheidungsprozesses festgestellt worden war, dass der Ehemann B. am 27. Januar 1998 eine Barauszahlung von Fr. 251'147.65 bei seiner Berufsvorsorgeeinrichtung erwirkt hatte, obwohl er weiterhin der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstand und die erforderliche schriftliche Zustimmung der Ehefrau nicht vorlag, hat das Kantonsgericht das Verfahren über die Frage der Entschädigung an die Ehefrau nach Art. 124 ZGB ebenfalls sistiert, bis das Verwaltungsgericht über die Rechtmässigkeit der Barauszahlung an B. rechtskräftig entschieden habe.

Aus den Erwägungen:

3. Mit der Einführung des neuen Scheidungsrechts hat der Gesetzgeber eine Koordination zwischen dem Scheidungs- und dem Sozialversicherungsgericht in dem Sinne vorgenommen, dass die Zuständigkeit zur Beurteilung der Frage, ob während der Ehe eine gültige Barauszahlung erfolgte, beim Sozialversicherungsgericht liegt (BGE 128 V 41 E. 2). Zwar kann auch das Scheidungsgericht die für die Anwendung von Art. 122 ff. ZGB bedeutende Vorfrage, ob eine in Nachachtung von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG, SR 831.42) gültige Barauszahlung vorliegt, prüfen. Die Auf-

fassung des Scheidungsgerichts ist dann aber für die Vorsorgeeinrichtung nicht verbindlich (BGE 128 V 41 E. 3). Das Kantonsgericht hat es vorgezogen, die Frage der Gültigkeit der Barauszahlung nicht selbst als Vorfrage zu prüfen, sondern hat das Verfahren bezüglich einer allfälligen Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts sistiert. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens kann das Verwaltungsgericht verbindlich über die Rechtmässigkeit der am 27. Januar 1998 erfolgten Barauszahlung an B. entscheiden. Es hat also darüber zu befinden, ob die während der Ehe dauer erfolgte Barauszahlung an B. bei der Aufteilung der Austrittsleistungen zu berücksichtigen ist oder nicht (vgl. Ziff. 7 unten).

7. Art. 22 Abs. 2 FZG, letzter Satz bestimmt, dass Barauszahlungen während der Ehedauer nicht berücksichtigt werden. Gilt das auch für Barauszahlungen, die ohne schriftliche Zustimmung der Ehefrau erlangt wurden?

Der im Scheidungsverfahren festgestellte Sachverhalt steht fest und ist eigentlich nicht umstritten. Die Vorsorgeeinrichtung hat B. am 27.01.1998, also während der Ehe, rund Fr. 250'000.-- angesparte Vorsorgegelder ausbezahlt, ohne dass die Ehefrau im Sinne von Art. 5 Abs. 2 FZG ihr schriftliches Einverständnis gegeben hätte. Die Auszahlung erfolgte nicht aufgrund einer gefälschten Unterschrift. Die Unterschrift fehlte schlicht weg. In der Klageantwort hat die Vorsorgeeinrichtung weder Fälschung der Unterschrift noch deren Vorhandensein behauptet. Sie hat lediglich ausgeführt, dass das Dokument, auf welchem die Ehefrau ihre Zustimmung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 FZG erklärt habe, unverständlicherweise nicht mehr aufzufinden sei. Die Vorsorgeeinrichtung müsse sich mangels Beweises entgegenhalten lassen, dass die Ehefrau die erforderliche Unterschrift nicht geleistet habe.

Nach Art. 5 Abs. 1 FZG können Versicherte die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen (lit. a), eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr unterstehen (lit. b) oder die Austrittsleistung weniger als ihr Jahresbeitrag beträgt (lit. c). An verheiratete Anspruchsberechtigte ist die Barauszahlung nur zulässig, wenn der Ehegatte schriftlich zustimmt (Art. 5 Abs. 2 FZG). Die ohne schriftliche Zustimmung des Ehegatten vorgenommene Barauszahlung ist ungültig. Sie wirkt dem Ehegatten des Vorsorgenehmers gegenüber nicht. Die zu Unrecht erfolgte Barauszahlung wird dem Ehegatten

gegenüber so behandelt, wie wenn sie nicht aus dem Kreislauf der 2. Säule ausgeschieden wäre. Der Ehegatte kann seinen Anspruch nach Art. 22 FZG und Art. 122ff ZGB noch immer geltend machen. Die Vorsorgeeinrichtung muss ein zweites Mal leisten (*Thomas Geiser, Bemerkungen zum Verzicht auf den Versorgungsausgleich im neuen Scheidungsrecht in ZBJV 2000, S. 103; Christian Zünd, Schriftliche Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung an Verheiratete und die Folgen bei gefälschter oder fehlender Unterschrift in AJP/PJA 6/2002, S. 664; Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 51 vom 22.06.2000 Nr. 302 sowie Nr. 57 vom 29.07.2001 Nr. 352; Myriam Grütter/Daniel Summermatter, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Versorgungsausgleich bei Scheidung, insbesondere nach Art. 124 ZGB in FamPra.ch 4/2002, S. 651; Amtsbericht der kantonalen Gerichte St. Gallen über das Jahr 2002, S. 13 f.*). Das Verwaltungsgericht kann sich diesen Lehrmeinungen in allen Teilen anschliessen. Der Vorsorgeeinrichtung obliegt die gesetzliche Pflicht, sich zu vergewissern, ob die Voraussetzungen zur Barauszahlung gegeben sind. Verletzt sie diese Pflicht, ist die zu Unrecht vorgenommene Barauszahlung dem Ehegatten gegenüber ungültig und die Vorsorgeeinrichtung kann sich nicht auf Art. 22 Abs. 2 letzter Satz FZG stützen.

Die Vorsorgeeinrichtung machte in der Klageantwort geltend, sie könne nicht beurteilen, ob B. beim Antrag auf Barauszahlung unvollständige oder irreführende Angaben gemacht habe. Sie behalte sich aber eine Strafanzeige vor. Dieses Argument ist völlig bedeutungslos. Es hätte gerade an der Vorsorgeeinrichtung gelegen, die Angaben von B. auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und die fehlende Unterschrift der Ehefrau nachzuverlangen.

Im weiteren machte die Vorsorgeeinrichtung geltend, Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 2 FZG sei der Schutz des Ehegatten vor Verlust der Altersvorsorge durch voreiliges und einseitiges Handeln des Ehepartners. Es sei davon auszugehen, dass A. von der Barauszahlung gewusst habe und dass sie durch aktives Mitwirken am Verbrauch des Geldes ihr nachträgliches Einverständnis zur Auszahlung gegeben habe. Damit verliere sie aber den Anspruch auf den Schutz von Art. 5 Abs. 2 FZG und ihre Berufung auf die Verletzung der Formvorschrift werde rechtsmissbräuchlich. Ein missbräuchlich geltend gemachter Anspruch verdiene aber keinen Schutz. Für das Verwaltungsgericht ist diese Argumentation nicht schlüssig. Die Formvorschrift gemäss Art. 5 Abs. 2 FZG ist genau für Fälle wie den

vorliegenden geschaffen worden. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein Versicherter zum Nachteil seines Ehegatten Barbezüge von seiner beruflichen Vorsorgeeinrichtung erhältlich machen kann. Wie oben dargelegt war bei B. keine der Voraussetzungen gegeben, die ihn berechtigt hätten, die Barauszahlung seiner Austrittsleistung zu verlangen. A. hat in dem durch die Scheidung notwendig gewordenen Teilungsverfahren korrekt und zu Recht auf diesen Sachverhalt hingewiesen. Von Rechtsmissbrauch kann keine Rede sein.

Die am 27. Januar 1998 erfolgte Barauszahlung ist gegenüber von A. (geschiedene Ehefrau) ungültig. Die Zahlung ist ihr gegenüber nicht aus dem Kreislauf der 2. Säule ausgeschieden. Bei der Teilung der Austrittsleistungen ist diese Zahlung wie wenn noch vorhanden zu berücksichtigen. Anders als im Falle P. gegen ASGA Pensionskasse (BGE 128 V 41) findet vorliegend der Aufteilungsprozess im Sinne von Art. 142 Abs. 2 ZGB statt. Es sind in diesem Verfahren die Ausgleichsbeträge auszurechnen und festzusetzen. Es geht also nicht um Feststellungen im Hinblick auf eine spätere Teilung der Austrittsleistungen, sondern um die Leistungen selbst, weshalb A. zu Recht Leistungen eingeklagt hat. Im Sinne der oben zitierten Lehrmeinungen ist die zu Unrecht an B. ausbezahlte Summe, so zu behandeln, wie wenn sie nicht aus dem Kreislauf der beruflichen Vorsorge ausgeschieden wäre. Die Barauszahlung ist demnach im Verhältnis eins zu eins aufzuteilen. Aus den Scheidungsakten ist bekannt, dass B. am 1. Juni 1986 bei der X.-Versicherung eingetreten ist. Damals betrug sein Freizügigkeitsguthaben Fr. 0. Weiter hat die Vorsorgeeinrichtung dem Kantonsgericht zwei „erste“ Austrittsleistungen nach der Heirat gemeldet. Nämlich einen Betrag von Fr. 6'328.-- per 31. März 1989 sowie Fr. 171'617.60 per 31. März 1995. Das Gericht ist der Ansicht, dass die „echt“ erste bekannte Austrittsleistung nach der Heirat, also diejenige per 31. März 1989, für die Berechnung massgebend ist. Massgebendes Datum für die Aufteilung ist nicht das Datum der Barauszahlung vom 27. 01. 1998 sondern unverändert das Datum der Rechtskraft der Scheidung, weil der zu Unrecht ausbezahlte Barbetrag so zu behandeln ist, wie wenn er dem Kreislauf der beruflichen Vorsorge nie entzogen worden wäre. Nach der Software von Vetterli/Brunner (www.intra.ar.ch/vorsorge/) wird der Anteil von A. an der ungültigen Barauszahlung wie folgt berechnet:

Zu teilende Austrittsleistung

Berechnung

Austrittsleistung bei Heirat am 18.03.1988	6'328.00
plus 4% Zins bis 4.5.01 (Jahre: 13.1288, Faktor 0.6735)	4'261.93
ergibt aufgezinste Austrittsleistung bei Heirat	10'589.93

Austrittsleistung bei Scheidung am 04.05.2001	251'147.65
minus aufgezinste Austrittsleistung bei Heirat	-10'589.93
ergibt zu teilende Austrittsleistung	240'557.72
in der Regel sind 50% davon abzugeben	120'278.86

Zinsformel

Zinsformel: $((1 + p/100)^t - 1) * k$

(p = Zinssatz, t = Zeitraum in Jahren, k = Kapital)

Bei einem Zinssatz von 4% beträgt der Zins: $(1.04^t - 1) * k$

Bei einem Zinssatz von 3.25% beträgt der Zins: $(1.0325^t - 1) * k$

Hinweis: Faktor und Jahr werden mit wesentlich mehr Kommastellen berücksichtigt. Aus Platzgründen werden hier aber nur maximal vier Kommastellen angezeigt. Dabei wird die vierte Stelle gerundet. Nullen, die am Schluss stehen, fallen weg.

Damit beträgt der Anteil von A. am ungerechtfertigten Barbezug von B. Fr. 120'278.85 per Rechtskraft der Scheidung. Die Vorsorgeeinrichtung der X.-Versicherung wird verpflichtet, diesen Betrag der Vorsorgeeinrichtung von A. zu überweisen.

VGer 27.08.2003

2228

Arbeitslosenversicherung. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit, wenn der Arbeitnehmer nach seiner Entlassung eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält. Verzugszins.

Der Beschwerdeführer Z. ist Gesellschafter der F. GmbH und war bis 31. Dezember 2002 auch deren Geschäftsführer. Die Auflösung der Gesellschaft wurde am 3. März 2003 in das Handelsregister eingetragen, wobei Z. als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator aufgeführt wurde. Ebenfalls per 3. März 2003 meldete sich Z. bei der Arbeitslosenkasse zur Stellenvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Die Arbeitslosenkasse lehnte die beantragte Arbeitslosenentschädigung auch auf Einsprache hin ab mit der Begründung, Z. nehme im Betrieb immer noch eine arbeitgeberähnliche Stellung ein und habe insbesondere die Möglichkeit, sich bei Bedarf wieder in seine Firma einzustellen. Auf seine Beschwerde hin hat das Verwaltungsgericht einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 3. März 2003 bejaht.

Aus den Erwägungen:

2. Es stellt sich die Frage, ob das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) im vorliegenden Fall Anwendung findet. Da der angefochtene Einspracheentscheid am 23. April 2003 erlassen wurde, kommen die Bestimmungen des ATSG zur Anwendung.

3. Laut Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitgeber, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a - d näher beschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitslosenentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Der Beschwerdeführer Z. war als Geschäftsführer der F. GmbH arbeitslosenversicherungsrechtlich unbestrittenermassen als Arbeitnehmer zu betrachten.

Der Arbeitsvertrag wurde am 31. Oktober 2002 per 31. Dezember 2002 aufgelöst. Andererseits blieb er Gesellschafter der Firma. Hätte er ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch um Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG. Aus dem Umstand, dass die Art. 8 ff. AVIG keine entsprechende Norm für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung kennen, lässt sich indes nicht folgern, die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen hätten in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit. Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Eine grundlegend andere Situation liegt jedoch vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgebend beeinflussen kann (Urteil C 373/00 des EVG vom 19. März 2002, S. 2 und 3). Auch Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung sind jedoch anspruchsberechtigt, falls eine Gesetzesumgehung und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge ausgeschlossen werden können. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ob der Betrieb „für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt“ oder aber „geschlossen“ wird (Urteil C 264/01 des EVG vom 6. Juni 2002). Das EVG hat auch im Urteil C 295/99 vom 27. Januar 2000 die Anspruchsberechtigung eines Gesellschafters einer GmbH, über welche der Konkurs eröffnet wurde, bejaht mit der Begründung, dass eine Reaktivierung des Betriebes und entsprechende Vorbereitungen nicht aktenkundig seien. Daraus kann geschlossen werden, dass allein die (theoretische) Möglichkeit, eine still gelegte Firma zu reaktivieren, den Missbrauchstatbestand nicht begründet. Ob ein solcher vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen.

4. Z. war und ist Gesellschafter der F. GmbH. Das Arbeitsverhältnis wurde auf den 31. Dezember 2002 gekündigt. An der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung der F. GmbH wurde am 3. März 2003 die Auflösung der Gesellschaft beschlossen und Z. als Liquidator bestimmt. Im Auszug des Handelsregisters vom 24. März 2003 ist Z. als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator aufge-

führt. Am 27. März 2003 ist er als Geschäftsführer und Liquidator zurückgetreten und ist im Auszug des Handelsregisters vom 3. April 2003 lediglich noch als Gesellschafter aufgeführt. In BGE 123 V 234 wurde einem Gesellschafter, der weiterhin über die unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügt, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitsnehmer einzustellen, der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung abgesprochen. Das Eidg. Versicherungsgericht hat im Urteil C 264/01 B1 vom 6. Juni 2002 diese Rechtssprechung insofern relativiert, als auch solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Gesetzesumgehung und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge vorliegen, sei insbesondere zu prüfen, ob der Wille belegt sei, definitiv aus dem Betrieb auszuschneiden und ihn endgültig zu liquidieren. Dies ist im vorliegenden Fall anhand der Akten zu prüfen.

5. Am 3. März 2003 wurde die Firma F. GmbH aufgelöst und deren Liquidation beschlossen. Die Liquidation einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird gemäss Art. 823 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR; SR 220) nach den Bestimmungen über die Liquidierung einer Aktiengesellschaft durchgeführt. Per 3. März 2003 wurde gemäss Art. 823 OR die Bilanz erstellt. Der dreimalige Liquidations-Schuldenruf (Art. 742 Abs. 1 OR und 745 Abs. 2 OR) wurde am 19., 20. und 21. März 2003 im Schweizerischen Handelsblatt veröffentlicht. Die Liquidation ist erst mit der Verteilung der Aktiven an die Gesellschafter frühestens ein Jahr nach dem dritten Schuldenruf abgeschlossen (Art. 745 Abs. 2 OR). Der Beschwerdeführer hat damit alle gesetzlich vorgeschriebenen Vorkehrungen zur Durchführung der Liquidation veranlasst mit Ausnahme der Verteilung des Liquidationserlöses, welche aber frühestens am 21. März 2004 vorgenommen werden kann.

Aufgrund der Bilanzen per 3. März 2003 und per 31. August 2003 kann festgestellt werden, dass nach dem Auflösungsbeschluss am 3. März 2003 die Geschäftstätigkeit eingestellt wurde. Am 30. Juni 2003 wurde die Eintragung der F. GmbH im Register der Mehrwertsteuerpflichtigen gelöscht und es wurde zur Einreichung der Schlussabrechnung aufgefordert.

Diese aktenkundigen Vorkehrungen des Beschwerdeführers belegen die Absicht einer endgültigen Geschäftsaufgabe und den Willen des Beschwerdeführers, die Firma F. GmbH endgültig zu liquidieren. Auch wenn bis zur Verteilung des Liquidationserlöses theoretisch die

Möglichkeit besteht, den Auflösungsbeschluss zu widerrufen, so belegen doch alle aktenkundigen Vorkehrungen die Absicht des Beschwerdeführers, die Firma endgültig zu liquidieren. Unter diesen Umständen kann eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über die Kurzarbeitsentschädigung jedenfalls ab dem 3. März 2003 ausgeschlossen werden. Die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung sind somit ab dem 3. März 2003 gegeben. In diesem Hauptpunkt ist die Beschwerde gutzuheissen.

6. Der Beschwerdeführer beantragte die Entrichtung eines Verzugszinses von 5% ab dem 3. März 2003. Gemäss Art. 1 AVIG i.V. mit Art. 26 Abs. 2 ATSG werden die Sozialversicherungen für ihre Leistung nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung verzugszinspflichtig, sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht liegt nicht vor. Da die Leistung jedoch erst nach Ablauf von 24 Monaten verzugszinspflichtig wird und der Anspruch am 3. März 2003 entstanden ist, besteht im vorliegenden Fall kein Anspruch auf Verzugszinsen. Die beantragte Entrichtung eines Verzugszinses ist abzuweisen.

VGer 18.02.2004

2229

Fremdenpolizei. Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 7 Abs. 2 ANAG. Kognition. Rechtsmissbräuchliches Festhalten an einer Ehe.

Der 1967 geborene, aus der Elfenbeinküste stammende X. reiste am 2. August 1999 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, welches per 25. Mai 2000 rechtskräftig abgewiesen wurde. Am 18. August 2000 heiratete X. die Schweizer Bürgerin Z. Gestützt auf diese Ehe wurde ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Mit Verfügung vom 26. November 2001 wies das kantonale Amt für Ausländerfragen ein Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Diese Nicht-

verlängerung wurde von der Sicherheitsdirektion und mit folgender Begründung auch vom Verwaltungsgericht bestätigt.

Aus den Erwägungen:

2. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde können beim Verwaltungsgericht grundsätzlich Rechtsverletzungen (inklusive Ermessensmissbrauch und -überschreitung) und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 11 Abs. 1 VwGerG). Volle Überprüfungsbefugnis, welche auch die Ermessenskontrolle umfasst, hat das Verwaltungsgericht nur, soweit sein Entscheid an eine Bundesinstanz mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann (Art. 11 Abs. 2 VwGerG; vgl. auch Art. 98a Abs. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes [OG], SR 173.110). Dies betrifft einerseits Fälle, die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht oder das Eidg. Versicherungsgericht weitergezogen werden können, andererseits solche, für deren letztinstanzliche Beurteilung der Bundesrat zuständig ist. Aber selbst wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegeben ist, kann dieses die Angemessenheit des angefochtenen Entscheides nur überprüfen, wenn einer der in Art. 104 lit. c OG genannten Fälle vorliegt (BGE 116 Ib 356 E. 2a). Liegt keiner dieser Fälle vor, entfällt die Ermessensprüfung vor Bundesgericht und mithin auch vor Verwaltungsgericht.

Nach Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist auf dem Gebiet der Fremdenpolizei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Die zuständigen Fremdenpolizeibehörden entscheiden über die Bewilligung des Aufenthaltes im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen (Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG, SR 142.20). Der Ausländer hat damit grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist ausgeschlossen, soweit er sich nicht auf eine Norm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrages berufen kann, die ihm einen Anspruch auf eine solche Bewilligung einräumt (BGE 124 II 363 ff).

Die vorliegend streitige Verfügung der kantonalen Sicherheitsdirektion hat die Erteilung oder Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung

gestützt auf Art. 7 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) zum Gegenstand. Nach Abs. 1 hat der ausländische Ehegatte eines Schweizerbürgers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung; der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt. Kein Anspruch besteht, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen (Abs. 2). Im vorliegenden Fall leben die Ehegatten, nachdem der Beschwerdeführer nur etwa drei Monate in T. gelebt hat, seit etwa Ende November 2000 getrennt; während die schweizerische Ehefrau ihren Wohnsitz weiterhin in T. hat, hält sich der Beschwerdeführer seither an wechselnden Adressen im Kanton Z. auf. Da die Ehe trotz hängigem Scheidungsverfahren formell nach wie vor Bestand hat, besteht dem Grundsatz nach ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Weil das Bundesgericht bei der Eintretensfrage einzig auf den formellen Bestand der Ehe abstellt und selbst ein Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot erst im Rahmen der materiellen Beurteilung überprüft, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegeben (vgl. BGE 122 II 289). Im Ausländerrecht kann das Bundesgericht grundsätzlich nicht überprüfen, ob die angefochtene Verfügung angemessen ist (Art. 104 lit. c OG), es sei denn, Bundesrecht sehe dies ausdrücklich vor. Das ANAG sieht keine Ermessenskontrolle durch das Bundesgericht vor (BGE 116 Ib 356 E.2.a und 3.b), weshalb die Kognition des Bundesgerichtes und damit auch des Verwaltungsgerichtes auf die ordentliche Rechtmässigkeits- und Sachverhaltskontrolle beschränkt bleibt. Im Rahmen der Rechtskontrolle kann jedoch die Verhältnismässigkeit der Massnahme, ein allfälliger Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung geprüft werden.

3. Der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 ANAG erlischt, wenn *alternativ* ein Ausweisungsgrund vorliegt, wenn eine sog. Schein- bzw. Ausländerrechtsehe gegeben ist *oder* wenn ein Ehegatte sich rechtsmissbräuchlich auf eine Ehe beruft, die nur noch formell besteht. Die Vorinstanz hielt dem Begehren um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einzig ein rechtsmissbräuchliches Festhalten an der Ehe entgegen. Ob die Vorinstanz tatsachenwidrig Anhaltspunkte für eine Scheinehe festgestellt hat, kann offen bleiben, da die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das Eingehen

einer blossen Scheinehe nicht zur Last gelegt hat und weil auch im folgenden nicht auf diesen Erlöschungsgrund abgestellt wird.

4. Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen wurde, sondern während einer gewissen, wenn auch kurzen Zeit gelebt wurde, kann die Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verweigert werden, wenn sich der Ausländer im fremdenpolizeilichen Verfahren rechtsmissbräuchlich auf die Ehe beruft, namentlich wenn diese nur noch formell besteht oder aufrechterhalten wird mit dem alleinigen Ziel, dem Ausländer eine Anwesenheitsbewilligung zu ermöglichen. Dieses Ziel wird von Art. 7 ANAG nicht geschützt (BGE 128 II 145, 127 II 56). Weil der ausländische Ehegatte nach dieser Bestimmung mit Ablauf von fünf Aufenthalts- und Ehejahren grundsätzlich ein Recht auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung erwirbt, kann nach der Rechtsprechung ein Anspruchsverlust infolge rechtsmissbräuchlichem Festhalten an einer nur noch formell bestehenden Ehe nur angenommen werden, wenn dieser Missbrauch schon vor Ablauf dieser Frist gegeben ist (vgl. BGE 121 II 97 =Pra 85, Nr. 117, E. 4.c). Bei der Berechnung dieser Frist fällt der voreheliche Aufenthalt in der Schweiz ausser Betracht (vgl. BGE 122 II 145). Die Frist begann somit auch beim Beschwerdeführers erst mit der Heirat der Schweizerbürgerin am 18. August 2000 zu laufen und ist offenkundig noch lange nicht abgelaufen.

a) Nach der Rechtsprechung (BGE 128 II 151) darf ein Rechtsmissbrauch nicht leichthin angenommen werden, namentlich nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist. Weil der ausländische Ehegatte nicht der Willkür des schweizerischen ausgeliefert sein soll, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom ehelichen Zusammenleben abhängig zu machen. Erforderlich sind klare Hinweise darauf, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist. Ist dies erstellt, so kann es für die ausländerrechtliche Würdigung keine Rolle spielen, dass der ausländische Ehegatte, der sich vor Ablauf der Vierjahresfrist des Getrenntlebens der Scheidungsklage des schweizerischen Ehegatten widersetzt, sich damit in der Regel zivilrechtlich nicht rechtsmissbräuchlich verhält. Dies muss schon deshalb gelten, weil der an der Ehe festhaltende Partner nicht verpflichtet ist, die Verweigerung der Scheidung zu begründen und sich mithin in diesem Entschluss allenfalls auch von

ausländerrechtlichen Überlegungen leiten lassen kann. Dass der Scheidungsrichter die rechtliche Aufrechterhaltung dieser Ehe während der Dauer der Vierjahresfrist als für den klagenden Ehegatten nicht unzumutbar im Sinne von Art. 115 ZGB erachtet, schliesst nicht aus, dass die Berufung auf eine solche, nur noch formell bestehende Ehe als Grundlage für eine Aufenthaltsbewilligung *ausländerrechtlich* einen Rechtsmissbrauch darstellen kann. Dass die Ehe nur noch formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft bloss durch Indizien zu erstellen (a.a.O., E. 2.3).

b) Vorliegend ist nach den Ausführungen an der heutigen Verhandlung unbestritten, dass der Beschwerdeführer nur rund drei Monate mit seiner Ehefrau in T. gewohnt hat. Nach den übereinstimmenden Aussagen der Ehegatten anlässlich der Einvernahmen durch den Scheidungsrichter (vgl. Protokoll) ist der Beschwerdeführer bereits im Dezember 2000 wieder aus der gemeinsamen Wohnung in T. ausgezogen. Nach seiner Reise in sein Heimatland verweigerte ihm die Ehefrau anfang 2001 den Zutritt zu ihrer Wohnung in T., woraufhin der Beschwerdeführer in den Kanton Z. zurückkehrte. Danach haben sich die beiden Ehegatten nicht mehr gegenseitig besucht und die Kontakte blieben auf telefonische und briefliche Kontakte beschränkt. Nach Darstellung der Ehefrau vor dem Scheidungsrichter habe sich der Beschwerdeführer für sie nur noch interessiert, wenn er Papiere für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung benötigt habe; von einer Zuneigung habe sie nichts mehr gespürt. Er habe immer nur gesagt, sie sei seine Ehefrau und müsse ihm helfen. Der Ehemann habe nach der Trennung keinen Versuch unternommen, die Ehe zu retten. Die heutige Befragung hat ergeben, dass auch nach der scheidungsrichterlichen Einvernahme keine gegenseitigen Besuche mehr stattgefunden haben. Damit steht fest, dass die Ehegatten sich nunmehr während 22 Monaten nicht mehr gegenseitig besucht haben. Der Beschwerdeführer liess zwar zutreffend geltend machen, bei einer Fahrzeit mit dem Zug von knapp zwei Stunden sei ihm ein tägliches Pendeln nach T. nicht zuzumuten. Andererseits dürfte von einem nach eigenen Angaben lediglich zu 70-75% beschäftigten Ehemann erwartet werden, dass er seine Ehefrau in seiner Freizeit regelmässig in T. besucht und sich ernsthaft und wirksam darum bemüht, sich mit seiner Ehefrau zu versöhnen. Die Ehefrau hat solche Rettungsversuche

seitens des Ehemannes für die Zeit der Trennung klar verneint. Abgesehen von seinen brieflichen und telefonischen Liebesbeteuerungen, welche grösstenteils aus den Anfängen der Bekanntschaft bzw. Ehe stammen, vermochte der Beschwerdeführer für die Zeit der getrennten Wohnsitze in T. und Z. keinerlei aktive Rettungsversuche nachzuweisen oder auch nur glaubhaft zu machen. Soweit der Beschwerdeführer noch in seiner Rekurseingabe vom 14. Dezember 2001 eine seinerseits angestrebte Eheberatung zur Verbesserung der ehelichen Grundlagen in Aussicht stellen liess, hat er beschwerdeweise diesbezüglich nicht die geringsten Anstrengungen oder gar Erfolge dargetan. Die telefonischen und brieflichen Liebesbeteuerungen des Beschwerdeführers lassen nicht ernsthaft eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft erwarten, wenn zugleich während fast zweier Jahre faktisch trotz getrennter Wohnsitze mögliche Besuche und Versöhnungsversuche unterbleiben. Unter diesen Umständen gelangt das Gericht insgesamt zur Überzeugung, dass namentlich beim Beschwerdeführer der Ehwille erloschen ist. Dazu kommt, dass die Ehefrau ihrerseits nun schon seit längerem konsequent ihren Trennungs- und Scheidungswillen bekundet und die Trennung im Januar 2001 sogar polizeilich durchsetzen liess. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer jedenfalls heute nicht mehr ernsthaft von der Möglichkeit ausgehen, er könne das eheliche Zusammenleben je wieder aufnehmen.

Somit bestehen nach einer kurzen Zeit der Bekanntschaft, einem bloss dreimonatigen ehelichen Zusammenleben in T. und nach einer nicht einmal mehr durch Besuche unterbrochenen, fast zweijährigen Zeit der Trennung der Ehegatten bei objektiver Einschätzung der Umstände keine Aussichten mehr auf eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft. Dass der Vater der Ehefrau durch seine Gesprächsverweigerung gegenüber seiner Tochter aktiv auf den Wegzug des Beschwerdeführers aus T. hingewirkt haben soll und dass die Ehefrau ihrerseits nicht nach Z. ziehen wollte und ihn dann dort auch nicht mehr besucht hat, sind weitere Umstände, die belegen, dass der Beschwerdeführer bei objektiver Einschätzung der gesamten Umstände keine Zweifel mehr am definitiven Scheitern seiner Ehe hegen kann. Daher handelt er zumindest ausländerrechtlich rechtsmissbräuchlich, wenn er sich weiterhin auf seine längst inhaltslos gewordene Ehe beruft, um so die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung zu erwirken.

Unter diesen Umständen trifft auch offenkundig nicht zu, dass erst seine Wegweisung die Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau verunmöglichen werde. Dass der Scheidungsrichter die formelle Aufrechterhaltung der Ehe während der Vierjahresfrist der scheidungswilligen Ehefrau angesichts der faktischen Trennung als zumutbar entgegenhalten könnte, ändert nichts daran, dass es dem Beschwerdeführer nach dem oben Gesagten mit seinem Widerstand gegen die Scheidung nicht mehr ernsthaft um die Rettung seiner Ehe gehen kann, sondern vielmehr darum, sich damit den weiteren Aufenthalt in der Schweiz zu sichern.

c) Dass der Beschwerdeführer sich rechtsmissbräuchlich auf seine bloss noch formell bestehenden Ehe beruft, ergibt sich noch aus einem anderen Grund. Das Bundesgericht hat in Fällen, in denen der schweizerische Ehegatte im Ausland Wohnsitz hatte, der ausländische Ehegatte aber eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz verlangte, eine solche Inanspruchnahme des Anwesenheitsrechts, besondere Umstände vorbehalten, als rechtsmissbräuchlich bezeichnet (BGE 126 II 268, auch zum folgenden). Für das interkantonale Verhältnis hat das Bundesgericht ausgeführt, in der Regel sei die Bewilligung in demjenigen Kanton zu erteilen, in dem auch der schweizerische Ehegatte Wohnsitz habe, zumal ja Art. 7 ANAG in erster Linie bezwecke, das Zusammenleben der Ehegatten zu ermöglichen. Da die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht vom ehelichen Zusammenleben abhängt, sondern vom Gesetzeszweck auch dann gedeckt ist, wenn die Ehegatten aus beruflichen Gründen oder aufgrund ehelicher Schwierigkeiten (vorübergehend) getrennt leben, gebe es keinen Grund, einen Kantonswechsel auszuschliessen. Das Bundesgericht führte dazu aus, ein Rechtsmissbrauch liege noch nicht darin, dass ein ausländischer Gesuchsteller seinen Wohnsitz in einen anderen Kanton verlegt habe als derjenige, in welchem die schweizerische Ehegattin lebe, zumal (in jenem Fall) die Gemeinden Münchenstein/BL und Dornach/SO nicht weit voneinander entfernt seien. Im vorliegenden Fall liegen die Wohnsitze der Ehegatten (T. und Z.) nicht bloss wenige Kilometer auseinander, sondern rund 100 Strassenkilometer. Soweit der Beschwerdeführer seine Wohnsitznahme im Kanton Z. damit zu rechtfertigen sucht, er habe als Schwarzer nur im liberaleren Z. eine Arbeit in der Gastronomie finden können, so überzeugt dies zum einen deshalb nicht, weil in T. mit seinem Pestalozzidorf seit Jahrzehnten der Umgang mit Menschen

anderer Hautfarbe gepflegt wird und weil sich dessen Bewohner in den lokalen Arbeitsmarkt integriert haben. Zudem findet sich in der benachbarten Stadt St. Gallen ein mit Z. vergleichbares Angebot an Stellen in der Gastronomie und auch in der Temporärbranche, so dass der Beschwerdeführer auch nicht deshalb nach Z. hätte ausweichen müssen. Der Beschwerdeführer vermag nichts Gegenteiliges zu belegen, wenn er als einzigen Beweis für die behauptete erfolglose Arbeitssuche in der näheren Umgebung lediglich seine Ehefrau als Zeuge zu nennen vermag, von der er nun schon nahezu zwei Jahre getrennt lebt. Da die Ehefrau jedenfalls zum aktuellen Bemühen um eine Arbeitsstelle keine zuverlässigen Angaben machen könnte, kann auf deren Einvernahme verzichtet werden. Dass der Beschwerdeführer wegen ehelichen Schwierigkeiten (vorübergehend) einen getrennten Wohnsitz begründen durfte, ist ihm ohne weiteres zuzugestehen. Aber auch dafür war die Wohnsitznahme im fernen Z. nicht notwendig, sondern im Gegenteil, der behauptete Wille zur Rettung der ehelichen Beziehung hätte eine Wohnsitznahme in der Nähe seiner Ehefrau erwarten lassen. Die getroffene Wahl des Wohnsitzes bestätigt, dass der Ehewille bzw. der Wille, möglichst rasch wieder eine eigentliche Lebensgemeinschaft zu bilden, auch beim Beschwerdeführer erloschen ist. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer seine Ehefrau noch bis in die jüngste Zeit telefonisch kontaktiert hat. Die Ehefrau hat sich beim Scheidungsrichter, wie erwähnt, darüber beklagt, dass es dabei jeweils nicht um sie gegangen sei, sondern darum, dass er für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ein Papier gebraucht habe, wobei seine Anrufe zunehmend nötigen Charakter angenommen haben sollen.

d) Unter diesen Umständen steht nun jedenfalls fest, dass der Beschwerdeführer sich unter dem Blickwinkel von Art. 7 ANAG rechtsmissbräuchlich auf die nur noch formell bestehende Ehe berufen hat. Dies hat das Dahinfallen des Anspruches auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Folge.

5. Weil bei Art. 8 EMRK im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 2 ANAG vorausgesetzt wird, dass die Eheleute zusammenleben und die Ehe intakt ist (BGE 122 II 292), kann der Beschwerdeführer angesichts der nahezu zwei Jahre andauernden Trennung und des hängigen Scheidungsverfahrens auch daraus keinen Bleibanspruch ableiten. Entsprechend geht die Berufung auf das an Schranken erwähnte Urteil

des Europäischen Gerichtshofes (vom 2.8.2001, betreffend einen Algerier) fehl.

6. Besteht somit keinerlei Anspruch auf eine Verlängerung, hat dies nicht zwingend die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung zur Folge. Vielmehr steht es den kantonalen Behörden diesfalls frei, die Aufenthaltsbewilligung trotz Fehlens eines Anspruches gestützt auf das ihnen nach Art. 4 ANAG zustehende Ermessen zu verlängern oder zu verweigern (Urteil des BGer 2A.345/2001 vom 12.12.2001, E.3.d). Das Gericht kann keine Ermessenskontrolle vornehmen, sondern es ist im Rahmen seiner Rechtmässigkeits- und Sachverhaltskontrolle darauf beschränkt, einen allfälligen Ermessensmissbrauch zu prüfen (oben E.2). Die Vorinstanzen haben die ermessensweise Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung zutreffend damit begründet, dass nach dem Dahinfallen des eigentlichen Eheinhaltes der Aufenthaltzweck (=Führen eines Ehelebens in der Schweiz) als erfüllt zu betrachten sei. Andererseits haben sie auch zutreffend darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer seinen Lebensmittelpunkt (abgesehen von rund drei Monaten zu Beginn der Ehe) nicht im hiesigen Kanton gehabt hat, zumal die Befragung an Schranken gezeigt hat, dass seit Anfang 2001 keine oder jedenfalls keine regelmässigen Wochenendbesuche in T. mehr stattgefunden haben. Die Vorinstanzen sind auch offensichtlich zu Recht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe sich hier nicht integrieren können. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung wurde damit sachlich und ohne Ermessensfehler begründet. Da der Beschwerdeführer erst mit zweiunddreissig Jahren in die Schweiz eingereist ist, sich hier erst seit etwas mehr als drei Jahren aufhält und da er namentlich durch Besuche seine Beziehungen zu seinem Heimatland und zu seinen Kindern aufrechterhalten konnte, kann seine Wegweisung auch keinesfalls als unverhältnismässig bezeichnet werden.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden sind, weshalb die Beschwerde in der Sache abzuweisen ist. Weil das ausländerrechtlich missbräuchliche Festhalten an der inhaltsleer gewordenen Ehe nicht zuletzt durch den Beizug der Scheidungsakten festgestellt werden konnte, und dieser Tatbestand nach der Rechtsprechung auch im Falle einer Abweisung der Scheidungsklage bejaht werden kann, erübrigt sich die beantragte Sistierung. Das vorsorgliche Begehren um Aufschub der Ausreisefrist

wird mit dem Sachentscheid gegenstandslos und der ohne förmliche Verfügung geduldete weitere Aufenthalt verliert seine Rechtfertigung. Aus diesem Grund hat der Beschwerdeführer den Kanton nun spätestens an dem vom kantonalen Amt für Ausländerfragen festzusetzenden Ausreisetag zu verlassen (Art. 12 Abs. 3 ANAG).

VGer 30.10.2002

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 14. April 2003 abgewiesen (2A.155/2003); es hat die Erw. 4.b und c namentlich auch in Bezug auf die als Indiz für das Fehlen eines Ehemillens gewürdigte Wahl des entfernt gelegenen Arbeitsortes bestätigt.

2230

Unentgeltlicher **Schülertransport**.

Sachverhalt

Die in der Speicherschwendi, Gemeinde Speicher, wohnhaften Kinder können dort die Unterstufe (1.-3. Klasse) besuchen. Ab der Mittelstufe (4.-6. Klasse) haben die Kinder die Schulen im rund 3 km entfernten Dorfzentrum zu besuchen. Nach Auffassung des Gemeinderates ist der Schulweg ins Dorfzentrum ab der Mittelstufe zumutbar, wobei Mittelstufenschüler den öffentlichen Bus zu benutzen haben. Nach der mit Beschwerde angefochtenen Praxis der Gemeinde Speicher werden der einzelnen Familie die Buskosten jeweils nur für das zweite oder für die weiteren Kinder zurückvergütet, wenn gleichzeitig zwei oder mehrere die obligatorische Mittel- oder Oberstufe besuchen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 27 Abs. 2 der alten sowie nach Art. 19 und 62 Abs. 2 der geltenden Bundesverfassung (BV, SR 101) haben alle Kinder Anspruch auf einen genügenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht; der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. Dieser Anspruch besteht grundsätz-

lich gegenüber dem für das Schulwesen zuständigen Kanton, wobei der Kanton diese Aufgabe im Rahmen seiner Schulgesetzgebung den Gemeinden übertragen kann. Nach Art. 4 des kantonalen Schulgesetzes (SchG, bGS 411.0) sind die Gemeinden Träger der Schulen der Primarschulstufe und der Sekundarschulstufe I. Letztere schliesst an die sechste Primarklasse an und dauert zwei bis vier Jahre (Art. 10 Abs. 2 SchG), wobei aber das Schulobligatorium nach dem Ende des achten Schuljahres endet (vgl. Art. 19 Abs. 1 SchG und Art. 21 Abs. 2 der Schulverordnung, SchVO, bGS 411.1). In ständiger Rechtsprechung des Bundesrates ist aus den vorgenannten Bestimmungen der Bundesverfassung der Grundsatz abgeleitet worden, die Kantone oder an ihrer Stelle die zuständigen Gemeinden hätten dafür zu sorgen, dass der Besuch der Grundschulen ohne unzumutbaren Aufwand für den Schulweg erfolgen könne. Schüler der Grundschulen haben demnach in ihren Wohnsitzgemeinden nicht nur Anspruch auf unentgeltlichen Unterricht, sondern darüber hinaus auch darauf, dass der Schulweg für sie keine unzumutbare Erschwerung des Schulbesuches bedeutet. Ist der Weg zur Schule für die Primarschüler allzu weit, zu mühsam oder mit unzumutbaren Gefahren verbunden, so haben die Kantone und Gemeinden Abhilfe zu schaffen (Entscheidung des Bundesrates vom 17.2.1999, VPB 2000/64.56, 681; *H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, Bern/Stuttgart 1979, 179 ff.*; *AR GVP 13/2001, Nr. 2207*). Die Frage der Zumutbarkeit beurteilt sich demnach einerseits nach der Länge, aber zunehmend auch nach der Gefährlichkeit des Weges. Die Gefährlichkeit beurteilt sich nach der Stärke des Strassenverkehrs sowie nach dem Vorhandensein von Fussgängerstreifen, Trottoirs, Lichtsignalanlagen und dergleichen (vgl. VPB 2000/64.1, 19 ff). Auf unbefestigten Fuss- und Wanderwegen ist die Begehbarkeit bei schlechtem Wetter zu berücksichtigen; wo eine Beleuchtung fehlt, ist für das Winterhalbjahr zu prüfen, ob der Weg vor Schulbeginn bei Dunkelheit begangen werden muss und ob dies sicher möglich ist (VPB 2000/64.56, 682); dabei ist auch das Risiko von Übergriffen auf einsamen und abgelegenen Teilen zu berücksichtigen. Bezüglich der Länge des Schulweges gilt nach der Rechtsprechung des Bundesrates, dass Schulwege als unzumutbar gelten, wenn sie Fussmärsche von über 30 Minuten, in den Alpen solche von über 45 Minuten pro Strecke bedingen, oder wenn diese 2,5 km übersteigen (VPB 2000/64.1, Erw. 4.1). Der dort und in BVR 2003 (S.204, E. 4.c/aa) erwähnte Entscheid, wonach ein Schulweg

von drei Kilometern Länge und einem Höhenunterschied von 215 Metern, für den bei wenig prekären Schneeverhältnissen 45 Minuten aufzuwenden waren, nicht beanstandet wurde, stammt aus dem Jahre 1941 und dürfte heutiger Auffassung namentlich im Bereich einer Agglomerationsgemeinde nicht mehr entsprechen. Dazu kommt, dass das Alter der damals betroffenen Kinder nicht ersichtlich ist. In einem neueren Entscheid hat der Bundesrat erwogen, ein Schulweg von 2.5 Kilometern und 500m Gefälle, teilweise auf einem steilen Naturweg, sei für Kinder der ersten bis dritten Klasse bei einem Zeitbedarf von knapp 40 Minuten nicht zumutbar (VPB 2000/64.56, Erw. 5.1. und 5.2). Mit diesem Entscheid hat der Bundesrat bestätigt, dass das Alter, aber auch eine durchschnittliche Gesundheit und Konstitution der betroffenen Kinder eine bedeutende Rolle spielen, wobei er bei Schülern der untersten Altersstufe, das heisst bei solchen der 1. bis 3. Klasse, erhöhte Anforderungen an die sichere Begehbarkeit eines Fussweges stellt. Die Eltern haben demnach zwar kein allgemeines Recht auf Übernahme der Reisekosten für ihre Kinder. Unabhängig von der kantonalen Regelung räumt ihnen aber die verfassungsrechtliche Mindestgarantie einen subjektiven Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht ein, der unter den vorstehend umschriebenen Voraussetzungen auch die Übernahme der Transportkosten durch das Gemeinwesen verlangt, wenn der Schulweg aufgrund seiner übermässigen Länge oder grossen Gefährlichkeit als unzumutbar gilt (vgl. Häfelin/Haller, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl. 2001, N 920, sowie BVR 2003, 202, mit weiteren Hinweisen). Nach dieser Rechtsprechung kann für die Zumutbarkeit eines Schulweges auch eine Rolle spielen, wie oft der Schulweg zurückgelegt werden muss (z.B. wenn in der Schule keine Mittagsverpflegung angeboten wird), ferner ob der Weg allein oder in Gruppen und zu welcher Tageszeit zurückgelegt werden muss (BVR 2003, 202, E. 4.b und 4.c/cc). Weil die Gemeinden Streusiedlungen in grösserem oder kleinerem Mass zulassen können, müssen sie sich gegebenenfalls auch an den Folgekosten beteiligen. Steht ein öffentliches Transportmittel zur Verfügung und sind Schulbeginn und Schulschluss auf den Fahrplan ausgerichtet oder umgekehrt, so genügt es, wenn die Gemeinde die entsprechenden Billettkosten übernimmt (vgl. H. Plotke, *Schweizerisches Schulrecht*, 2. überarb. Aufl. 2003, 234/235).

3. Nach den Akten steht fest, dass die Kinder der Beschwerdeführer die Unterstufe (1. - 3. Klasse) in Speicherschwendi besuchen

konnten. Im übrigen ist unbestritten, dass der Schulweg für das Kind in der Mittelstufe (M.) und in der Oberstufe (O.) je eine Länge von rund 3.2 km aufweist und dass sie dabei eine Höhendifferenz von etwas über 150m zu überwinden haben. Unbestritten ist auch, dass den beiden Kindern keine Mittagsverpflegung angeboten wird, so dass sie den Weg in aller Regel viermal täglich zurückzulegen haben. Da Erwachsene in der Regel etwa 5 km pro Stunde zu Fuss zurücklegen, ist davon auszugehen, dass M. als Kind in der Mittelstufe (4. - 6.Klasse) wohl wenigstens 40 bis 45 Minuten für die etwas über drei Kilometer benötigt. Dies ergibt eine Marschzeit von täglich zwischen zwei Stunden 40 Minuten und drei Stunden für die insgesamt 12.8 Kilometer messende Strecke. Auch O. dürfte als Oberstufenschüler für dieselbe Distanz täglich kaum weniger als 2 ½ Stunden benötigen.

a) Der Gemeinderat ging in seiner Verfügung vom 4. Juni 2002 ausdrücklich davon aus, dass dieser Schulweg ab der Mittelstufe (4. Klasse) zumutbar sei *und* dass der Schulweg über die öffentlichen Verkehrsmittel erfolgen soll. Diese Haltung der Gemeinde ist insofern widersprüchlich, als für einen Schulweg mit zumutbarer Länge es zumindest nach der oben zitierten Rechtsprechung zu Art. 19 und 62 BV keines Bustransportes ab der Speicherschwendi und auch keiner Kostenübernahme durch die Gemeinde bedurft hätte. An diesem Widerspruch ändert wenig, dass die Gemeinde lediglich, aber immerhin die Buskosten für das zweite, derzeit die obligatorische (Mittel-)Stufe besuchende Kind und mithin für das dritte Kind M. der betroffenen Familie zu übernehmen bereit ist (das älteste der drei Kinder besucht eine Kantonsschule und fällt nicht mehr unter die obligatorische Schulpflicht). Der Regierungsrat ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass der Weg für M. als Kind in der Mittelstufe zumindest mit dem öffentlichen Verkehrsmittel dank eines in der Mittagszeit auf den Schulschluss abgestimmten Busfahrplanes und dank der Kostentragung durch die Gemeinde für dieses dritte Kind der Beschwerdeführer zumutbar sei. Dies ist nicht zu beanstanden, soweit die Vorinstanz damit die Notwendigkeit eines separaten Schulbusses verneint hat. Die Frage, ob der Weg für M. als Kind in der Mittelstufe (4.-6. Klasse) auch zu Fuss zumutbar sei, liess der Regierungsrat offen. Diese Frage kann indessen nicht offen gelassen werden, denn der von der beschwerdeführenden Familie geltend gemachte Anspruch auf Übernahme der Transportkosten durch das Gemeinwesen besteht als Ausfluss des Anspruches auf einen genügenden und un-

entgeltlichen Grundschulunterricht gegebenenfalls für jedes ihrer Kinder unabhängig davon, ob es sich um das erste, zweite oder dritte Kind handelt. Mit anderen Worten dieser aus Art. 19 und 62 BV abgeleitete Anspruch darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Gemeinderat aus Goodwill oder anderen Gründen gewillt ist und bleibt, ab dem zweiten oder dritten Kind die Buskosten zu übernehmen.

b) Nach der oben zitierten Rechtsprechung und der eigenen Praxis des Verwaltungsgerichtes (AR GVP 13/2001, Nr. 2207) muss der vorliegend von M. als Mittelstufenschülerin mit einem täglichen Zeitaufwand von wenigstens 2 Stunden und 40 Minuten täglich zurückzulegende Schulweg von insgesamt mehr als 12 km Länge vorab aufgrund seiner Länge als unzumutbar beurteilt werden. Dabei übersieht das Gericht keineswegs, dass der Weg auf seiner ganzen Länge entweder ein Trottoir aufweist oder durch eine verkehrsberuhigte Zone mit Geschwindigkeitsbegrenzung führt (30 km/h) und insofern keinen besonderen Gefahren ausgesetzt ist. Auch weist der Weg entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer auf seiner ganzen Länge eine Beleuchtung auf, weshalb ein Begehen oder Befahren bei frühem Schulbeginn für sich allein als zumutbar erscheint. Richtig ist allerdings, dass der Weg teilweise durch ein unbewohntes Waldgebiet führt. Unter diesen Umständen kommt das Gericht anders als der Gemeinderat zum Schluss, dass dieser Schulweg zumindest einem Kind in der Mittelstufe (4. - 6. Klasse) nicht täglich viermal zu Fuss abverlangt werden kann. Mit der Vorinstanz und dem Gemeinderat ist hingegen davon auszugehen, dass M. der Schulbesuch mit dem öffentlichen Bus zuzumuten ist, nachdem dieser auf den Schulschluss und -wiederbeginn weitgehend abgestimmt ist und ihr die Einnahme des Mittagessens zu Hause erlaubt. Ist M. als obligatorisch schulpflichtige Mittelstufenschülerin der Schulweg nach Speicher nur unter Benutzung des öffentlichen Busses zumutbar, haben die Eltern indessen einen Anspruch auf Ersatz der ihnen für das öffentliche Verkehrsmittel erwachsenden Fahrkosten, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei M. um ihr erstes, zweites oder drittes Kind handelt. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Gemeinderat seine bisherige Praxis rechtsgleich gehandhabt hat.

c) Auch die Kostentragung für O. als Oberstufen- bzw. Sekundarschüler I ist vorab nach der Zumutbarkeit des Schulweges und nicht nach den Kriterien der Gemeinde zu beurteilen. Dass bei O. aufgrund

seines Alters ein anderer Massstab für die Beurteilung der Länge oder Gefährlichkeit des Schulweges anzulegen ist, als bei M., ist grundsätzlich richtig. Die Vorinstanz hat zu Recht erkannt, dass einem Oberstufenschüler anstelle eines Fussmarsches die Benützung eines Velos oder allenfalls eines Mofas (ab 14 Jahren) zugemutet werden kann. Dadurch wird die Länge des Weges in der Tat relativiert, und der tägliche Zeitaufwand dürfte sich trotz des Höhenunterschiedes auf wenig mehr als eine Stunde reduzieren. Dies gilt allerdings nur solange, als die saisonalen Witterungsverhältnisse die Benutzung des Velos regelmässig erlauben. Sobald im Winter die Witterungsverhältnisse einen Fussmarsch als angezeigt erscheinen lassen (in der Regel ab November bis März, vgl. Stellungnahme der Gemeinde Speicher vom 30.10.2002), dürfte auch ein Oberstufenschüler für die rund 3.2 Kilometer berg- und talwärts je rund 40 Minuten und damit täglich rund 2 ½ Stunden benötigen. Anders als die Vorinstanz kommt das Gericht zum Schluss, dass auch einem Oberstufenschüler namentlich über die Mittagszeit nicht genügend Zeit zum Essen und zur Erholung verbleibt, wenn er über den Mittag für den Fussweg hin und zurück rund 80 Minuten aufwenden muss. Die Gemeinde ist deshalb verpflichtet, dem Oberstufenschüler O. die kostenlose Benutzung des öffentlichen Busses wenigstens während den Wintermonaten zu ermöglichen. Aus Praktikabilitätsgründen ist die Gemeinde Speicher zur Tragung der ausgewiesenen Buskosten jeweils ab Ende der Herbstferien bis zu Beginn der Frühlingsferien zu verpflichten. Da sich dieser Anspruch aus dem Anspruch auf unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht ableitet, endet dieser Anspruch mit dem Ende der obligatorischen Schulzeit. Diese bestimmt sich trotz bundesverfassungsrechtlicher Grundlage nach wie vor nach kantonalem Recht (vgl. H. Plotke, *Schweiz. Schulrecht*, 2. Aufl. 2003, S. 167 ff.). Nach hiesigem Recht endet die obligatorische Schulpflicht mit dem Ende des achten Schuljahres (Art. 19 Abs. 1 SchG). Die Gemeinde Speicher ist deshalb auch nur bis zum Ende des achten Schuljahres zur Übernahme der im Winter für den Oberstufenschüler O. anfallenden Buskosten verpflichtet. Desgleichen gilt für M., sobald sie in die Oberstufe eintritt.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde im Sinn dieser Erwägungen teilweise gutzuheissen ist. Der angefochtene Entscheid ist insofern aufzuheben, als die Gemeinde Speicher zugunsten der Beschwerdeführer zu verpflichten ist, dass sie die ausgewiesenen

Buskosten für M. bis zum Ende der Mittelstufe sowie für O. (und ab der Oberstufe auch für M.) jeweils noch für das Wintersemester zu erstatten hat.

VGer 26.11.2003

2231

Submission. Aufschiebende Wirkung (Art. 4 Abs. 3 GöB). Mangelhafte Begründung der Zuschlagsverfügung (5 Abs. 2 GöB). Die mangelhafte Begründung einer Zuschlagsverfügung führt in der Regel dazu, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird.

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, bGS 712.1) in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.4) hat die Submissionsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann aber auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegen stehen. Die Beschwerdeinstanz entscheidet innert 10 Tagen (praxisgemäss seit Eingang des Kostenvorschusses) über die aufschiebende Wirkung.

Zuschlagsverfügungen sind nach Art. 5 Abs. 2 GöB kurz zu begründen. Dieser Vorschrift entspricht die angefochtene Vergabeverfügung nicht, heisst es darin doch lediglich, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten habe, wofür die Gesamtbeurteilung der Kriterien massgebend gewesen sei. Diese Begründung ist ungenügend und stellt nur eine inhaltsleere Formel dar. Dass die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien geprüft werden, ist eine Selbstverständlichkeit. Warum das preislich günstigste Angebot der Beschwerdeführerin den Zuschlag nicht erhalten hat, wird in der Vergabeverfügung mit keinem Wort erwähnt. Aufgrund der gänzlich fehlenden Begründung in der Zuschlagsverfügung kann im Sinne einer vorläufigen Würdigung der Beschwerde nicht abgeschätzt werden, ob diese aussichtslos oder wenigstens überwiegend unbegründet erscheint. Nachdem der Gewährung der aufschiebenden Wirkung,

soweit ersichtlich, keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen, wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

Einer Beschwerde gegen eine ungenügend begründete Zuschlagsverfügung wird in aller Regel die aufschiebende Wirkung gewährt. Diese Anordnung kann im Verlaufe des späteren Verfahrens allenfalls widerrufen werden, wenn sich ergeben sollte, dass die Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung nicht mehr gegeben sind.

VGP 24.12.2003

2232

Urlaub im vorzeitigen Strafvollzug. Für die Gewährung einesurlaubes im vorzeitigen Strafvollzug ist wie in der Untersuchungshaft der Haftrichter und nicht die Justizdirektion zuständig, solange noch Haftgründe bestehen oder deren Bestehen streitig ist. Wird der vorzeitige Strafvollzug von der Justizdirektion auf Antrag des Verhorrichters mit einer Urlaubssperre bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen Urteils verbunden und wurde diese Auflage mit einem Haftgrund (Fortsetzungsgefahr) begründet, fällt diese Auflage dahin, sobald der zuständige Haftrichter ein Haftentlassungsgesuch des Häftlings gutheisst.

Aus den Erwägungen:

2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt der vorzeitige Strafvollzug seiner Natur nach eine Massnahme auf der Schwelle zwischen Strafverfolgung und Strafvollzug dar (BGE 117 Ia 72, E. 1.c, auch zum folgenden). Dieser ist bei ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen mit dem verfassungsmässigen Recht der persönlichen Freiheit und den Garantien der EMRK vereinbar. Die von einem Angeschuldigten erklärte Zustimmung zum vorzeitigen Strafvollzug, welche auch Art. 110 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, bGS 321.1) ausdrücklich voraussetzt, kann dieser grundsätzlich nicht widerrufen. Hingegen ist der Angeschuldigte berechtigt (BGE a.a.O., S. 79 f.), jederzeit ein Begehren um Entlassung aus der Haft bzw. dem vorzeitigen Strafvollzug zu stellen. Da der vorläufige Strafvollzug seine Grundlage nicht in einem rechtskräftigen Strafurteil hat, kann er gegen den (geänderten) Willen des Betroffenen nur so lange gerechtfertigt

sein, als die Haftvoraussetzungen gegeben sind (Art. 98 StPO) und die Dauer der Haft die zu erwartende Freiheitsstrafe nicht übersteigt (Art. 107 StPO). Aus der erwähnten Rechtsprechung haben *Bänziger/Stolz/Kobler* (a.a.O., N 4 zu Art. 110 StPO) zu Recht abgeleitet, ein während des vorzeitigen Vollzuges eingegangenes Haftentlassungsgesuch könne entgegen der bisherigen Praxis nicht länger als blosses Gesuch um Vollzugsunterbruch (Art. 40 StGB), welches durch die Vollzugsbehörde zu beurteilen wäre (Art. 258 StPO), betrachtet werden. Stattdessen hat der nach Art. 108 Abs. 1 Ziff. 1 StPO für Haftentlassungsbegehren im Untersuchungsverfahren zuständige Einzelrichter des Kantonsgerichts auch diesfalls zu prüfen, ob immer noch Haftgründe gegeben sind und ferner, ob die Dauer der Haft nicht in grosse Nähe zur konkret zu erwartenden Strafe gerückt ist. Mit diesen Autoren ist indessen davon auszugehen, dass der Angeschuldigte mit seiner Zustimmung zum vorzeitigen Vollzug auf die nach Art. 107 Abs. 2 StPO von Amtes wegen *periodisch* vorzunehmende Haftüberprüfung verzichtet. Dem steht die erwähnte höchstrichterliche Rechtsprechung nicht entgegen, weil auch diese ausdrücklich von einem Haftentlassungsbegehren *des betroffenen Häftlings* ausgeht.

3. Bleibt der Einzelrichter des Kantonsgerichts für Haftentlassungsbegehren des Angeschuldigten auch während einem von der Justizdirektion nach Art. 110 Abs. 1 StPO bewilligten vorzeitigen Vollzug sachlich zuständig (Art. 108 Abs. 1 StPO), stellt sich die Frage, ob dies auch für die Gewährung einesurlaubes im vorzeitigen Vollzug gilt. Die StPO bestimmt dazu nichts näheres. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass für die Beurteilung einesurlaubes im vorzeitigen Strafvollzug die Justizdirektion jedenfalls dann nicht zuständig sein kann, solange noch Haftgründe bestehen oder deren Bestehen streitig ist. Die Vorinstanz hat diesfalls den Urlaub im vorzeitigen Vollzug zutreffend als "temporäre Haftentlassung" charakterisiert. Ein Urlaub kann diesfalls nicht ohne erneute Prüfung des Haftgrundes bewilligt werden. Deshalb muss auch die Bewilligung desurlaubes dem für das Untersuchungsverfahren zuständigen Haftrichter vorbehalten bleiben. Von einer Zuständigkeit der Justizdirektion wäre wohl erst dann auszugehen, wenn der Haftrichter ein Haftentlassungsbegehren gutgeheissen hätte, der Angeschuldigte trotzdem freiwillig im vorzeitigen Vollzug verbleibt und in diesem Zeitpunkt um Urlaub ersuchen würde. Diese (spätere) Phase des vorzeitigen Vollzuges ist vorliegend (noch) nicht erreicht, nachdem ein mit einem Haftgrund moti-

viertes Urlaubsgehren streitig ist und noch kein Haftentlassungsgesuch gutgeheissen wurde. Die bis zum Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils verfügte Urlaubssperre wäre daher (auch) zuständigkeitshalber nicht zu beanstanden, wenn diese ausdrücklich nur bis zu einer Guttheissung eines allfälligen Haftentlassungsbegehrens Geltung beanspruchen würde. Es genügt deshalb, die umstrittene Auflage der Justizdirektion mit dem Vorbehalt zu ergänzen, dass die mit einem Haftgrund begründete Urlaubssperre dahinfällt, sobald der zuständige Haftrichter ein Haftentlassungsgesuch des Betroffenen gutheisst.

4. Der Beschwerdeführer liess beim Verwaltungsgericht rügen, die Gewährung des umstrittenenurlaubes dürfe nicht von der Zustimmung der Strafverfolgungsbehörde abhängig gemacht werden, weil der vorzeitige Strafvollzug sonst zu einer verlängerten Untersuchungshaft verkomme bzw. Art. 37 Ziff. 1 StGB widerspreche. Damit verkennt der Beschwerdeführer die Rechtsnatur des vorzeitigen Vollzuges. Weil die Voraussetzungen des vorläufigen Vollzuges ausdrücklich im Kapitel Untersuchungshaft bzw. in Art. 110 StPO geregelt sind, handelt es sich dabei eben gerade um eine besondere Form der Untersuchungshaft (vgl. dazu BGE 117 Ia 259 E.3b). Im übrigen liess der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer unnötigerweise und weit-schweifig Ausführungen zu den Haftgründen und zur Haftdauer vortragen, die zu hören dem dafür sachlich zuständigen Haftrichter vorbehalten ist. Durch den oben eingefügten Vorbehalt wird bekräftigt, dass dem Beschwerdeführer jederzeit (und seit jeher) die Möglichkeit gegeben ist, diese Vorbringen im Rahmen eines Haftentlassungsbegehrens beim dafür zuständigen Haftrichter vorzutragen. Dass der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer nicht schon lange von dieser ihm durch die erwähnte Rechtssprechung seit 1991 gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat (vgl. BGE 117 Ia 72), erstaunt, zumal dem Beschwerdeführer dafür das einfache und rasche einzelrichterliche Verfahren nach Art. 108 StPO zur Verfügung steht. Ob der Beschwerdeführer durch seinen Anwalt hinreichend auf diese naheliegende Möglichkeit hingewiesen wurde, ist nicht bekannt. Dass das Verwaltungsgericht in einem Verfahren betreffend den vorzeitigen Vollzug anstelle des ordentlichen Haftrichters das Bestehen von Haftgründen vorfrageweise zu überprüfen hat, trifft nicht zu. Der Beschwerdeführer bleibt durch den neu eingefügten Vorbehalt im Rahmen der erwähnten Bundesgerichtspraxis in der Lage, die streitige

Urlaubssperre jederzeit durch ein Haftentlassungsbegehren durch den zuständigen Haftrichter beenden zu lassen, wenn deren Rechtsgrund (Fortsetzungsgefahr) dahinfallen sollte. Damit hat es sein Bewenden. Unter diesen Umständen kann weder die beantragte Aufhebung der Urlaubssperre noch die Prüfung der geltend gemachten Haftgründe durch das Verwaltungsgericht in Frage kommen.

Dass der Beschwerdeführer durch sein "grundsätzliches Ja zum vorzeitigen Strafvollzug" keinerlei Auflagen bezüglich der Urlaubsgewährung anerkannt hat, dürfte zutreffen. Seine Zustimmung zur Urlaubssperre ist vorliegend auch nicht erforderlich, nachdem diese mit einem Haftgrund (Fortsetzungsgefahr) motiviert wurde, der Haftrichter (Kantonsgerichtspräsidium) dieser zugestimmt hat und es sich somit beim vorzeitigen Vollzug offenkundig noch um eine Form der Untersuchungshaft gehandelt hat, welche bis zur Gutheissung einer allfälligen Haftbeschwerde andauert. Dass eine Haftbeschwerde im Zeitpunkt der Verlegung in die Strafanstalt Saxerriet hängig gewesen und wegen der Verlegung in den vorzeitigen Vollzug abgeschrieben worden sein soll, ändert gegebenenfalls nichts daran, dass der Beschwerdeführer jedenfalls erst durch eine *Gutheissung* dieser oder einer erneuten Haftbeschwerde durch den Haftrichter aus der Untersuchungshaft bzw. aus dem vorzeitigen Vollzug mit Urlaubssperre als besondere Form der Untersuchungshaft entlassen werden kann. Dem Beschwerdeführer steht im Rahmen einer ordentlichen Haftbeschwerde auch ohne weiteres die Rüge offen, die aktuelle Dauer der Haft übersteige mittlerweile die zu erwartende Freiheitsstrafe (Art. 107 Abs. 2 StPO), weshalb auch diese Rüge vor Verwaltungsgericht nicht zu hören ist.

Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, er sei vor Erlass der angefochtenen Urlaubssperre nicht angehört und diese Auflage sei nicht begründet worden, weshalb das rechtliche Gehör verletzt sein soll. Dass die Urlaubssperre nicht motiviert gewesen sein soll, trifft nicht zu, wurde diese doch schon vom antragstellenden Verhorrichter ausdrücklich mit dem Bestehen einer Fortsetzungsgefahr begründet; mit Schreiben vom 28. Mai 2002 setzte die Justizdirektion die Staatsanwaltschaft, das Kantonsgerichtspräsidium und mittels einer Kopie auch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers über diese Begründung in Kenntnis und stellte in Aussicht, dass sie die vom Verhorrichter verlangte Urlaubssperre verhängen werde. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist ferner deshalb ausgeschlossen, weil allfällige

Gehörsmängel spätestens im Rahmen des Schriftenwechsels vor dem mit voller Kognition erkennenden Regierungsrat geheilt worden sind.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde durch den ergänzend eingefügten Vorbehalt, wonach die Urlaubssperre lediglich so lange gilt, als Haftgründe bestehen, teilweise gutzuheissen ist. Weder die Aufhebung der Urlaubssperre noch eine diesbezügliche Anweisung an die Justizdirektion sind indessen notwendig oder angezeigt. Durch den ergänzend eingefügten Vorbehalt bleibt dem Beschwerdeführer die Möglichkeit gewahrt, die Urlaubssperre jederzeit durch ein Haftentlassungsgesuch beim zuständigen Haftrichter beenden zu lassen, sollte deren Rechtsgrund (Fortsetzungsgefahr) dahinfallen oder die Dauer der Haft mittlerweile die zu erwartende Freiheitsstrafe übersteigen.

VGer 26.03.2003

2. Obergericht und übrige Gerichte

2.1 Zivilrecht

3420

Mietvertrag. Kündigung durch den Vermieter (Art. 271a OR). Anfechtbarkeit der Kündigung. Die Kündigung des Vermieters vor Ablauf von drei Jahren seit Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ist nur dann nicht anfechtbar, wenn der Vermieter dringenden Eigenbedarf für sich selbst nachweisen kann.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 271a Abs. 1 lit. e OR bestimmt, dass eine Kündigung anfechtbar ist, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens, in dem der Vermieter mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen oder sich sonst wie geeinigt hat, ausgesprochen wird (lit. e Ziff. 4). Die Beklagte hat sich im Schlichtungsverfahren und auch im gerichtlichen Verfahren auf diese Bestimmung gestützt und dazu den Abschreibungsbeschluss des Kantonsgerichtspräsidiums Appenzell A.Rh. vom 18. Dezember 2002 eingereicht. Aus diesem Abschreibungsbeschluss ergibt sich klar, dass die Parteien in einem von der heutigen Beklagten angestregten Mietzinsherabsetzungsverfahren am 5. November 2002 einen Vergleich abgeschlossen haben. Daran ändert der Einwand des Klägers nichts, während dem damaligen Gerichtsverfahren sei der Hypothekarzins nochmals um $\frac{1}{4}$ % gesunken.

Nach Art. 271a Abs. 3 lit. a OR ist die dreijährige Sperrfrist nicht anwendbar, wenn der Vermieter erfolgreich dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerter geltend machen kann. Der Kläger hat bereits im Schlichtungsverfahren und erneut im gerichtlichen Verfahren dargetan, er benötige die vermieteten Geschäftsräume selbst, da er sein Geschäft auf seinen Sohn übertragen werde. Vor der Übertragung seien noch bauliche Veränderungen notwendig, die die zur Zeit von der Beklagten gemieteten Räume betreffen.

2. Unter dringendem Eigenbedarf im Sinne von Art. 271a Abs. 3 lit. a OR ist ein ausgewiesener, ernsthafter und aktueller Bedarf des Vermieters für sich oder einen nahen Verwandten zu verstehen. Der Bedarf muss sich auf den direkten Gebrauch der Sache durch den Vermieter oder den nahen Verwandten beziehen. Ein auf den direkten Gebrauch abzielender Bedarf ist dort nicht gegeben, wo eine juristische Person oder Gesellschaft „Eigenbedarf“ für einen ihrer Teilhaber bzw. Gesellschafter geltend macht. Der Vermieter von Geschäftsräumen kann Eigenbedarf im technischen Sinne nur anrufen, wenn er rechtlich mit dem Betreiber des für die Benützung vorgesehenen Betriebes identisch ist (*Roger Weber in Basler Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel/Genf/München 2003, Art. 261 N. 7*).

Aus der Befragung des Klägers anlässlich der mündlichen Verhandlung hat sich ergeben, dass nicht er einen Gewerbebetrieb in seiner Liegenschaft betreibt, sondern die X. AG, welche neben der Beklagten Mieterin eines Teils der vom Kläger vermieteten Geschäftsräume ist. Weiter hat sich ergeben, dass nicht der Kläger seinem Sohn den Gewerbebetrieb zu übergeben beabsichtigt, sondern dass der Sohn zu einem noch nicht bestimmten Zeitpunkt eine noch nicht bestimmte Anzahl Namenaktien der X. AG übernehmen möchte. Es ist also nicht der Kläger, der Eigenbedarf geltend macht, sondern die (zwar dem Kläger gehörende) X. AG möchte vom Kläger zusätzliche Geschäftsräume mieten. Damit ist aber die Ausnahmebestimmung von Art. 271a Abs. 3 lit. a OR auf das Mietverhältnis der Parteien nicht anwendbar, weshalb die vom Vermieter vor Ablauf von drei Jahren seit dem letzten Schlichtungsverfahren ausgesprochene Kündigung anfechtbar, d.h. ungültig ist. Die Klage ist demgemäss abzuweisen und die Kündigung für ungültig zu erklären und aufzuheben.

OGP 15.12.2003

3421

Arbeitsvertrag. Überstundenentschädigung (Art. 321c OR). Wird die Arbeitszeit durch ein elektronisches Zeiterfassungssystem registriert, weiss der Arbeitgeber durch eigene Vorkehren davon, dass der Arbeitnehmer Überstunden leistet. Will er sie verhindern, muss er einschreiten. Auf den Anspruch auf Überstundenentschädigung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht verzichten (Art. 341 OR).

Aus den Erwägungen:

1. Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstunden notwendig, so ist der Arbeitnehmer nach Art. 321c des Schweiz. Obligationenrechts (OR, SR 220) dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen. Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag resp. im Gleitzeitreglement, auf das der Arbeitsvertrag verwiesen hatte, eine wöchentliche Arbeitszeit von 42,5 Stunden vereinbart. Beim Kläger handelte es sich nicht um einen leitenden Angestellten. Arbeit, die er über die vereinbarte Wochenarbeitszeit hinaus leistete, galt deshalb als Überstundenarbeit (BGE 129 III 171, E.2.1).

2. a) Zur Begründung seines Anspruchs auf eine Überstundenentschädigung machte der Kläger im wesentlichen geltend, dass er während der gesamten Anstellung bei der Beklagten Schichtarbeit geleistet habe. Die Morgenschicht habe gemäss Gleitzeitreglement von 05.00 Uhr bis 13.30 Uhr und die Abendschicht von 13.30 Uhr bis 22.00 Uhr gedauert. In 90% der Fälle habe er aber von 04.30 Uhr bis 14.00 Uhr und von 13.00 bis 22.00 Uhr gearbeitet. Diese Mehrarbeit müsse entschädigt werden.

b) Aufgrund der von der Beklagten durchgeführten elektronischen Zeiterfassung steht objektiv fest und wird von der Beklagten insgesamt nicht bestritten, dass der Kläger während der gesamten Anstellungsdauer 375 Überstunden geleistet hat. Fest steht allerdings auch, dass die Beklagte diese Überstunden nie ausdrücklich angeordnet hat. Als angeordnet gelten Überstunden nach der Rechtsprechung auch dann, wenn der Arbeitgeber von der Mehrarbeit des Angestellten weiss und nicht dagegen einschreitet (*Christoph Senti, Überstunden, in AJP/PJA 4/2003, S. 276*). Im vorliegenden Falle war die Beklagte täglich auf die Minute genau über die Präsenz des Klägers orientiert. Sie hat das Ergebnis ihrer genauen elektronischen Zeiterfassung in den täglichen Präsenzdetaillisten ausgewiesen. Die Beklagte war also tagtäglich über die effektive Arbeitszeit des Klägers orientiert. Sie ist während der ganzen Anstellungsdauer in dem Sinne nicht dagegen eingeschritten, dass sie den Kläger angewiesen hätte, die Schichtzeit gemäss Ziffer 2.5 des Gleitzeitreglements genau einzuhalten. Wird die Arbeitszeit durch den Arbeitgeber, zu welchem Zwecke auch immer, erfasst, entbindet das den Arbeitnehmer von der Meldepflicht. In solchen Fällen weiss der Arbeitgeber durch eigene Vorkehrungen davon, dass der Arbeitnehmer Überstunden leistet (*Senti, a.a.O., S. 378*). Will er sie verhindern, muss er einschreiten.

c) Die Beklagte machte in den Rechtsschriften geltend, dass durch das Zeiterfassungssystem nur die Präsenzzeit des Klägers erfasst worden sei. Diese habe nicht der Arbeitszeit entsprochen. Der Kläger habe jeweils bis zum effektiven Arbeitsbeginn mit Kollegen in der Kantine Kaffee getrunken. Produktive Arbeit habe er nur während 42,5 Stunden pro Woche geleistet. Sie habe daher die vom Zeiterfassungssystem gemeldeten Präsenzzeiten des Klägers täglich auf die reinen Schichtzeiten gemäss Gleitzeitreglement reduziert. Die solchermassen korrigierten Zeitabrechnungen habe sie dem Kläger monatlich zugestellt. Der Kläger habe diese Abrechnungen nie beanstandet. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass sie die nicht angeordneten Überstunden des Klägers geduldet habe und nicht eingeschritten sei. Zudem hätten nach Ziffer 3 des Gleitzeitreglements Überzeitevorträge von mehr als 15 Stunden pro Monat zwingend das Visum des Betriebsleiters erfordert.

Die Beklagte unterhält ein modernes elektronisches Zeiterfassungssystem. Obwohl die Schichtarbeit nach Ziffer 2.5 des Gleitzeitreglements zu fixen Zeiten auszuführen war, wurde der Kläger dem

Erfassungssystem unterworfen. Nach Ziffer 5.1 des Reglements wird die Präsenzzeit mit dem Zeiterfassungsschlüssel festgehalten. Ziffer 5.2 des Reglements schreibt vor, dass nach dem Stempeln die Arbeit unverzüglich aufzunehmen ist. Nachdem der Kläger trotz Schichtarbeit der Zeiterfassung unterlag, entstand die Vermutung, dass auch seine Arbeitszeiten schwanken konnten. Überdies ist zu vermuten, dass die Vorschriften des Gleitzeitreglements eingehalten wurden. Jedenfalls können den Akten weder Hinweise noch Beweisanträge entnommen werden, dass der Kläger je hätte ermahnt werden müssen oder ermahnt worden wäre, nach der Zeiterfassung die Arbeit an der Webmaschine unverzüglich aufzunehmen. Hätte die Zeiterfassung und das Gleitzeitreglement für Schichtarbeiter keine Geltung gehabt, hätte die Schichtarbeit gar nicht ins Reglement gehört und hätte es auch keinen Sinn gemacht, für die Schichtarbeiter monatliche Präsenz-Detaillisten zu führen. Zwischen diesen Listen und den Monatsabrechnungen, in denen unter der Rubrik Überzeit jeweils 0,00 Stunden ausgewiesen wurde, besteht daher ein Widerspruch. Der Kläger hat zwar, soweit ersichtlich, die Monatsabrechnungen nicht beanstandet. Die entsprechenden Formulare haben aber andererseits auch sein Visum in der dafür vorgesehenen Rubrik nicht enthalten. Aus dieser Widersprüchlichkeit zwischen der reglementarischen Zeiterfassung und den Monatsabrechnungen ergibt sich, dass die Beklagte stets im Detail über die vom Kläger geleisteten Überstunden im Bilde war und dagegen nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Klarheit eingeschritten ist. Auf die Überstundenentschädigung und den Zuschlag konnte der Kläger trotz offenbar widerspruchsfrei entgegengenommener Monatsabrechnungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht verzichten (Art. 341 OR), sodass er auf die in quantitativer Hinsicht nicht bestrittene Überstundenentschädigung grundsätzlich noch Anspruch hat.

OGP 17.10.2003

2.2 Strafrecht

3422

Veruntreuung. Vorliegen von schmutzigem Geld verneint. Zivilklage geschützt.

Sachverhalt:

X. übergab der Angeklagten Ende Februar 1996 in den Büroräumlichkeiten eines Restaurants in St. Gallen Bargeld in der Höhe von Fr. 660'000.-- zur Aufbewahrung. In der Folge unternahm X. mehrere vergebliche Versuche, das Geld von der Angeklagten zurückzuerhalten. Letztere übergab zwischenzeitlich Fr. 500'000.-- ihrem Bekannten R., der diesen Betrag in Deutschland gewinnbringend anlegen wollte. Zu diesem Zweck überliess R. das Geld K., welcher in Deutschland unter Anderem wegen Betrugs rechtskräftig verurteilt wurde. Die restlichen Fr. 160'000.-- verwendete die Angeklagte für die Bezahlung eigener Bedürfnisse und Schulden. Eine Rückerstattung des Geldes an X. erfolgte bis heute nicht.

Aus den Erwägungen:

1. Der Angeklagten wird vorgeworfen, eine Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB begangen zu haben, indem sie ihr anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in ihrem oder eines anderen Nutzen verwendet habe.

a) Die Verteidigung beruft sich im Wesentlichen – wie vor Kantonsgericht - darauf, das fragliche Geld stelle Erlös aus Drogenhandel dar. Nachdem Drogengeld jedoch keinen rechtlichen Schutz geniesse, sei der Tatbestand der Veruntreuung nicht erfüllt und auch eine Schadenersatzpflicht entfalle.

Somit ist zu prüfen, ob es sich bei den fraglichen Fr. 660'000.-- um sogenanntes schmutziges Geld handelt.

Diesbezüglich kann auf die ausführlich begründete Abwägung von Pro- und Kontra-Argumenten auf S. 8-11 des Urteils der Vorinstanz verwiesen werden. In den dortigen Erwägungen hat das Kantonsgericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung zutreffend dargelegt, wes-

halb es sich bei den besagten Fr. 660'000.-- nicht um schmutziges Geld handelt. Folgende Ergänzungen sind anzubringen:

Vor Obergericht hat die Angeklagte, wie im Übrigen auch vor Kantonsgericht, auf entsprechende Befragung des Präsidenten in glaubhafter Weise ausgesagt, es hätten sich bei der Übergabe zwei oder drei Bankauszüge beim Geld befunden. Bestätigt werden die Angaben der Angeklagten im Übrigen von R., der angibt, es seien Banderolen um das Geld herum gewesen und dieses sei gebündelt und gezählt von einer Bank gewesen. Nachdem sich die Angeklagte mit dieser Aussage selbst belastet – bei Banken deponiertes Geld spricht, wie nachfolgend ausgeführt wird, eher gegen unsauberes Geld – ist von deren Richtigkeit auszugehen. Somit ist für das Gericht erstellt, dass die Fr. 660'000.-- von einem oder mehreren Bankkonti bezogen wurden. Sodann ist das Gericht der Ansicht, dass aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung Geld, welches aus dem Verkauf von Drogen stammt, eher nicht auf einer Bank deponiert wird, weil die Wahrscheinlichkeit gross ist, dass dem Kontoinhaber von Seiten der Bank Fragen über die Herkunft des Geldes gestellt werden. Dies dürfte indessen eine abschreckende Wirkung haben. Aus diesem Grunde spricht, in Übereinstimmung mit den Erwägungen des Kantonsgerichtes, der Umstand, dass die Fr. 660'000.-- von Bankkonti abgehoben worden sind, eher gegen Drogengeld.

Allerdings fällt auf, dass X. die von ihr offerierten Belege trotz entsprechender Aufforderungen des Verhöramtes nicht eingereicht hat. Dieses Verhalten kann verschiedene Ursachen haben. Denkbar wäre etwa, dass es sich bei den Fr. 660'000.-- um unversteuerte Geschäftseinnahmen aus den beiden Restaurationsbetrieben der Geschädigten gehandelt hat.

Weil die versprochenen Bankbelege von der Geschädigten nicht eingereicht wurden, zieht die Verteidigung daraus den Umkehrschluss, dass es sich um Drogengeld handle. Es kann jedoch nicht angehen, einzig aus dem Nichteinreichen der Bankbelege auf Drogengeld zu schliessen. In Anbetracht der gesamten Umstände bilden die fehlenden Bankbelege lediglich **ein** Indiz dafür, dass mit dem Geld „etwas nicht in Ordnung sein könnte“. Was genau es damit auf sich hat, darüber kann lediglich spekuliert werden. Konkrete Hinweise darauf, dass es sich tatsächlich um Drogengeld gehandelt hat, fehlen in den Akten. Gegen Drogengeld spricht insbesondere die Aufhebung eines Untersuchungsverfahrens wegen schwerer Widerhandlung ge-

gen das BetmG gegen X. vom 29. Juli 1993 sowie die Tatsache, dass diese aktenkundig in der fraglichen Zeit zwei gut gehende Restaurationsbetriebe besass. Kontakte von X. zu in Kokain-Geschäften involvierten Personen sind zwar belegt, die jeweilige Rolle von X. blieb jedoch unklar. Dies geht unter Anderem aus dem „jüngsten Vorfall“ hervor, welcher mit einer Aufhebungsverfügung des URA G. vom 14. November 2000 wegen Übertretung gegen das BetmG endete. Im Weiteren wurde X. im Jahre 1994 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG verurteilt. Entscheidend ist für den vorliegenden Fall indessen, dass der Geschädigten bis heute nie nachgewiesen worden ist, dass sie in grösserem Stil mit Drogen gehandelt und daraus hohe Umsätze erzielt hätte. Folglich bleibt es deshalb bei entsprechenden Verdächtigungen, welche vorliegend unberücksichtigt zu bleiben haben. Aufgrund dieser Sachlage ist die Behauptung der Angeklagten, bei den fraglichen Fr. 660'000.-- handle es sich um Drogengeld, nicht erstellt. Daran ändert auch die Nichteinreichung der Bankbelege durch X. nichts, so dass eine nochmalige Aufforderung unterbleiben kann.

Die Verteidigung bringt weiter vor, bei den Aussagen von X. und B., die Fr. 660'000.-- seien zur Übergabe an B. bestimmt gewesen, welcher eine entsprechende Forderung gehabt habe, handle es sich um eine Lügengeschichte. Es ist RA Y. insofern Recht zu geben, als dass ein Vergleich der beiden Aussagen des Zeugen B., zwischen welchen zwar immerhin 2½ Jahre liegen, Fragen aufwirft. Es kann jedoch vorliegend dahingestellt bleiben, ob die geschilderten Umstände tatsächlich der Wahrheit entsprechen, nachdem auch im besagten Fall noch nicht zwingend Drogengeld im Spiel sein müsste, sondern möglicherweise Schwarzgeld.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass nicht erstellt ist, dass es sich bei den fraglichen Fr. 660'000.-- um Drogengeld gehandelt hat. Somit kann die von der Verteidigung aufgeworfene Rechtsfrage, inwieweit schmutziges Geld in der schweizerischen Rechtsordnung rechtlichen Schutz geniesst, offen gelassen werden.

b) Bezüglich des objektiven und subjektiven Tatbestandes von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB kann auf die entsprechenden, vor Obergericht im Übrigen unbestritten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Danach hat sich die Angeklagte der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

2. Im Strafverfahren können Zivilansprüche geltend gemacht werden, die sich gegen den Beschuldigten richten und aus der Straftat hergeleitet werden (Art. 55 Abs. 1 StPO). In der Strafverfügung und im Strafurteil wird über die Zivilansprüche entschieden, wenn sie genügend abgeklärt sind; sonst werden sie auf den Zivilweg verwiesen (Art. 57 Abs. 1 StPO). X. erhebt adhäsionsweise eine Zivilklage über Fr. 660'000.-- als Folge der von der Angeklagten begangenen Veruntreuung. Die Angeklagte hat von der Geschädigten Fr. 660'000.-- in einem unverschlossenen Couvert zur Aufbewahrung erhalten und dieses Geld daraufhin unrechtmässig verwendet und bis heute nicht zurückerstattet.

Ist Geld mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinterlegt worden, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten habe, so geht Nutzen und Gefahr auf ihn über. Eine stillschweigende Vereinbarung in diesem Sinne ist zu vermuten, wenn die Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wird (Art. 481 Abs. 1 und 2 OR). X. und die Angeklagte haben mit der Übergabe der Fr. 660'000.-- folglich ein depositum irregulare im Sinne von Art. 481 OR abgeschlossen. Damit steht X. als Hinterlegerin ein schuldrechtlicher Rückgabeanspruch zu, wobei die Aufbewahrerin nicht zur Rückgabe der identischen Sache, sondern nur derselben Menge gleicher Sachen verpflichtet ist (vgl. *Th. Koller, Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., N. 7 zu Art. 481*). Ein Rückgabeanspruch der Geschädigten in der Höhe von Fr. 660'000.-- ist demnach klar ausgewiesen.

Die Verteidigung wirft nun die Frage auf, ob die Zivilklägerin nicht grobfahrlässig gehandelt habe, so dass ihr Anspruch massiv herabgesetzt werden müsse. Nähere Ausführungen hiezu fehlen, gemeint ist aber damit wohl, dass der Zivilklägerin wegen der Übergabe einer hohen Geldsumme an eine Bekannte in einem Restaurant zur Aufbewahrung Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Das Gericht kann nun aber einzig darin, dass der Hergang und die Umstände des Vertragsabschlusses ungewöhnlich sind, noch kein Verschulden von X. erblicken. Zumal diese Art von Geschäft, also die Hinterlegung von vertretbaren Sachen, kein Vertrag sui generis darstellt, sondern im Obligationenrecht geregelt ist. Der Gesetzgeber hat dabei dem offensichtlich vorhandenen Sicherheitsbedürfnis der Hinterlegerin Rechnung getragen, indem die Haftung der Aufbewahrerin für die Restitution strengen Massstäben folgt und ihr der Entlastungsbeweis nach Art. 97

OR abgeschnitten ist und sie auch für Zufall haftet (vgl. *Th. Koller, a.a.O., N. 8 zu Art. 481*). Weshalb also der Geschädigten mit der Geldhingabe eine Sorgfaltpflichtverletzung vorzuwerfen ist, leuchtet nicht ein und wurde von RA Y. auch nicht substantiiert. Nicht einzu-sehen ist sodann – auch diesbezüglich fehlt es an der erforderlichen Substanziierung - weshalb die Zivilklägerin ihre allfälligen Rechte am überlassenen Geld aufgegeben haben soll.

Sodann bringt RA Y. vor, X. sei nicht legitimiert, Forderungen der B. AG geltend zu machen. Dieser Einwand ist unbehelflich, nachdem der Vertrag zur Aufbewahrung der Fr. 660'000.-- nicht zwischen der B. AG und der Angeklagten, sondern zwischen X. und der Angeklagten abgeschlossen wurde. Woher X. das Geld hat, konkret ob es sich dabei um eine Anzahlung von B. an Aktien der B. AG gehandelt hat oder nicht, ist hiebei unerheblich. Vertragspartnerin der Angeklagten und damit Hinterlegerin ist X., folglich steht ihr die Legitimation zur Geltendmachung des Restitutionsanspruches in der Höhe von Fr. 660'000.-- zu.

Die Zivilklage ist gutzuheissen und die Angeklagte wird verpflichtet, der Geschädigten den Betrag von Fr. 660'000.-- zurückzuerstatten.

OGer 24.06.03

3423

Mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind. Fakultativer Strafbefreiungsgrund nach Art. 187 Ziff. 3 StGB bejaht. Fällung eines Schuldspruchs, unter Umgangnahme von Strafe.

Sachverhalt:

Ca. Mitte 2002 lernten sich der Angeklagte und die damals gut 14-jährige X. beim Chatten im Internet kennen. Nach dem Austausch von Adressen und Handy-Nummern kam es zu mehreren Treffen beim Bahnhof W. sowie in der Folge zu Schmusereien. Sie machten auf den Freitagabend, 22. November 2002, einen weiteren Termin ab, wobei der Angeklagte seine Freundin abends mit dem Zug in U. abholte. Mit dem Zug fuhren sie anschliessend zusammen nach H. und begaben sich in die Wohnung des Angeklagten. Nach einer gegensei-

tigen Nackenmassage machten sie Petting und knutschten. In Absprache und in gegenseitiger Kenntnis des Alters kamen sie zum Schluss, gemeinsam den Beischlaf auszuüben. In der Stube vollzogen sie dann erstmals miteinander den mittels Gummi geschützten Geschlechtsverkehr. Da keine weiteren Gummis mehr verfügbar waren, zogen sie sich wieder an und kauften am Bahnhof H. an einem Automaten weitere. Nach ihrer Rückkehr in die Wohnung kam es nach dem Nachtessen und Petting erneut zwei bis drei Mal zu Geschlechtsverkehr, immer mit einem Gummi geschützt.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 187 Ziff. 1 StGB wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht. Die zuständige Behörde kann aber von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen, wenn der Täter zur Zeit der Tat das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat und besondere Umstände vorliegen (Art. 187 Ziff. 3 StGB). Art. 187 StGB soll Kinder unter 16 Jahren vor verfrühten sexuellen Erfahrungen schützen, weil diese deren körperliche und seelische Entwicklung schädigen könnten (S. Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, N. 1 zu Art. 187). Der körperliche oder seelische „Reifegrad“ des Kindes hat keinen Einfluss auf die Strafbarkeit. Umstände wie sexuelle Erfahrung oder eine Einwilligung in die sexuelle Handlung durch das Opfer bleiben ohne Auswirkung (Ph. Maier, Basler Kommentar, StGB II, N. 6 zu Art. 187).

Als Erstes ist die Frage zu beantworten, ob vorliegend die Voraussetzungen für den in Art. 187 Ziff. 3 StGB verankerten fakultativen Strafbefreiungsgrund bzw. die „besonderen Umstände“ erfüllt sind. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden rechtlichen Ausführungen auf S. 13 des Urteils der Vorinstanz verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass unter besonderen Umständen auch echte Liebesbeziehungen, welche einen „Missbrauch“ ausschliessen, zu verstehen sind (S. Trechsel, a.a.O., N. 13 zu Art. 187).

Zwar war X. bei der Vornahme von sexuellen Handlungen mit ihrem damals 19-jährigen Freund erst 14½-jährig, was für eine restriktive Anwendung von Ziff. 3 von Art. 187 StGB spricht. Hingegen steht gestützt auf die Aussagen beider Beteiligten auch für das Obergericht

zweifelsfrei fest, dass es sich bei deren Beziehung um eine echte Jugendliebe, geprägt von beidseitiger Zuneigung, gehandelt hat. Untermauert wird dieser Schluss durch die glaubwürdigen Aussagen des Angeklagten und dessen Mutter an Schranken, wonach X bis heute schriftlichen Kontakt zum Angeklagten pflegt und sie mehrmals im Elternhaus des Angeklagten zu Besuch war.

Das Vorliegen besonderer Umstände im Sinne von Ziff. 3 von Art. 187 StGB und damit die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall ist demgemäss zu bejahen.

2. Sodann ist über die aus der Anwendbarkeit von Ziff. 3 von Art. 187 StGB resultierenden Rechtsfolgen zu befinden. Nach dem Wortlaut von Ziff. 3 kann von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abgesehen werden. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass Ziff. 3 dem technischen Muster von Art. 66bis StGB folgt (S. *Trechsel, a.a.O., N. 12 zu Art. 187*). Art. 66bis Abs. 1 StGB sieht – wie Ziff. 3 von Art. 187 StGB – vor, dass von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist. Im Urteil der Vorinstanz (S. 14) findet sich weiter der Hinweis auf eine Kommentarstelle bei S. *Trechsel (a.a.O., N. 3 zu Art. 66bis)*, wonach für den Fall, dass das Übel der Tatfolge gleich gross oder grösser als das schuldangemessene ist, von der Strafverfolgung, Überweisung, Schuldspruch oder Ausfällung einer Strafe abgesehen werden soll. In der fraglichen Literaturstelle finden sich keine weiteren Erklärungen zur erwähnten „Variante“ des Verzichts auf einen Schuldspruch. Das Obergericht stellt diesbezüglich fest, dass im Urteilsstadium für eine tatbestandsmässige Handlung ein Absehen von einem Schuldspruch, also ein Freispruch, weder durch den Wortlaut von Ziff. 3 von Art. 187 StGB noch von Art. 66bis StGB gestützt wird. Im Gegenteil spricht sich diesfalls die überwiegende Lehrmeinung dafür aus, dass im gerichtlichen Verfahren ein Schuldspruch ohne Sanktion zu fällen sei (*u.a. F. Riklin, Berner Kommentar, N. 18 zu Art. 66bis sowie N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 213*). Dieser Meinung ist auch das Zürcher Obergericht, welches in seiner Entscheid vom 12. September 1996 ausgeführt hat, dass bereits aus dem Wortlaut von Art. 66bis StGB ersichtlich sei, dass eine Abstufung je nach Verfahrensstadium gewollt sei. Weiter führt das Obergericht aus, diese Bestimmung habe auf den Schuldpunkt keine Auswirkungen, sie sei der Strafzumessung zuzuordnen, weshalb gestützt auf Art. 66bis StGB kein Freispruch

erfolgen könne. Nachdem in casu unzweifelhaft sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand von Art. 187 Ziff. 1 StGB erfüllt ist, kommt im jetzigen Verfahrensstadium lediglich ein Schuldspruch, unter Umgangnahme von einer Strafe, in Frage. Daran vermögen auch allgemeine Opportunitätsüberlegungen nichts zu ändern. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die von der Vorinstanz als Argument für einen Freispruch angeführte Pönalisierung des Angeklagten infolge eines Strafregistereintrages unzutreffend ist. Wie die Staatsanwaltschaft zu Recht ausgeführt hat, dürfen gestützt auf Art. 12 lit. a der Verordnung über das automatisierte Strafregister (SR 331) die Verurteilungen, bei denen von der Bestrafung abgesehen oder Umgang genommen worden ist, nicht in das Register eingetragen werden.

Gestützt auf diese Ausführungen gelangt das Gericht zum Schluss, dass sich der Angeklagte im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht hat, jedoch in Anwendung von Art. 187 Ziff. 3 StGB von einer Bestrafung Umgang zu nehmen ist.

OGer 26.08.03

3424

Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand. Strafzumessung und Widerruf. Dritttäter.

Die Appellation richtet sich gegen das Strafmass in der Höhe von sieben Monaten Gefängnis sowie gegen den Widerruf der Gewährung des bedingten Strafvollzugs für eine vierwöchige Gefängnisstrafe.

Sachverhalt:

Im Rahmen einer Fahrzeugkontrolle der Kantonspolizei in H. am Samstag, 25. Januar 2003, 22.10 Uhr, wurde X. als Lenker eines Personenwagens angehalten. Aufgrund der beim Lenker festgestellten Alkoholsymptome wurden zwei Atemlufttests durchgeführt, welche beide positiv ausfielen. Die daraufhin angeordnete Blutprobe ergab eine minimale Blutalkoholkonzentration von 1,36 Gewichtspromillen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Appellant bringt an Schranken vor, es sei vom Gericht zu wenig gewürdigt worden, dass er den Restalkohol unterschätzt habe. Zudem sei die Strafe zu hoch und basiere lediglich auf dem Vorleben. Wie das Kantonsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist bei der Strafzumessung von der Strafandrohung des Art. 91 Ziff. 1 SVG auszugehen, welche auf Gefängnis oder Busse lautet. Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bemisst der Richter die Strafe des Täters nach dessen Verschulden, wobei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten zu berücksichtigen sind (Art. 63 StGB). Ist wahlweise Freiheitsstrafe oder Busse angedroht, so kann der Richter in jedem Falle die beiden Strafen verbinden (Art. 50 Abs. 2 StGB). Das Obergericht wendet ebenfalls die im Urteil des Kantonsgerichtes genannten Richtlinien für die Strafzumessung bei Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand vom 5. Februar 2003 an (AR GVP 14/2002, Nr. 3407). Danach beträgt der Strafrahmen für einen Dritttäter mit einem Blutalkoholgehalt von 1,36 Gewichtspromillen sieben bis acht Monate. Das Obergericht schliesst sich den Ausführungen der Vorinstanz bezüglich fehlender „Strafvollzugserfahrung“ an, wonach dem vom Angeklagten verursachten Unfall mit Todesfolge im Jahre 1992 ein mindestens gleich hohes Abschreckungspotential innewohnen dürfte. Im Weiteren ist zu erwähnen, dass gemäss Aussagen des Angeklagten an Schranken für den neuerlichen Vorfall der Führerausweis für die Dauer von 23 Monaten entzogen wurde. Somit handelt es sich hierbei bereits um den dritten längeren Führerausweisentzug.

Bei den Strafzumessungskriterien fällt, ergänzend zu den Ausführungen der Vorinstanz, positiv ins Gewicht, dass an einem Samstagabend nach 22.00 Uhr erfahrungsgemäss kein allzu grosses Verkehrsaufkommen herrscht. Im Vergleich zum Werktagsverkehr dürfte deshalb zu diesem Zeitpunkt die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer eher gering gewesen sein. Dagegen ist dem Angeklagten anzulasten, dass die Trunkenheitsfahrt lediglich Freizeitwecken diente. Das Kantonsgericht hat zutreffend den mehrfachen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung - und damit die Deliktsmehrheit - als Strafschärfungsgrund im Sinne von Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und die drei Vorstrafen als Straferhöhungsgrund aufgeführt. Auf die Kritik des Angeklagten an der gerichtlichen Beurteilung der Trunkenheitsfahrt vom 19. Juli 2000, welche zum Urteil des Kantonsgerichtes vom 20.

November 2000 geführt hat, ist nicht einzugehen, nachdem das fragliche Urteil rechtskräftig ist. Dasselbe gilt für die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung durch das Bezirksamt E. vom 3. Mai 1994. Der Führungsbericht lautet eher negativ, weshalb er nicht strafmindernd ins Gewicht fällt.

Wie aus der vorstehenden Abwägung des Obergerichtes - sowie aus derjenigen des Kantonsgerichtes - ohne weiteres erhellt, bilden die drei Vorstrafen des Angeklagten, darunter zwei einschlägige, lediglich **ein** Kriterium von mehreren bei der Strafzumessung. Der Einwand des Appellanten, die ausgefallte Strafe basiere lediglich auf seinem Vorleben, ist damit entkräftet.

In Würdigung aller Strafzumessungskriterien ist festzuhalten, dass die Vorinstanz, auf deren Erwägungen im Übrigen ausdrücklich verwiesen wird, den Angeklagten zu Recht mit einer Gefängnisstrafe von sieben Monaten bestraft hat.

2. Der Angeklagte hat in der Appellationserklärung den Antrag gestellt, es sei vom Widerruf des mit Urteil vom 20. November 2000 für die Gefängnisstrafe von vier Wochen gewährten bedingten Strafvollzugs abzusehen. Der Appellant hat seinen Antrag weder in der Appellationserklärung noch an Schranken begründet. Nachdem die entsprechenden Erwägungen des Kantonsgerichtes korrekt sind, kann darauf verwiesen werden. Zu betonen ist, dass ein Widerruf des bedingten Strafvollzugs im vorliegenden Fall aus den aufgeführten Gründen geradezu zwingend ist, nachdem unzweifelhaft kein „leichter Fall“ im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB mehr vorliegt (vgl. S. *Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., N. 54 ff. zu Art. 41*).

OGer 25.11.03

2.3 Zivilprozess

3425

Justizaufsichtskommission. Unentgeltliche Rechtspflege.

- In einem Forderungsprozess, welcher von der Dispositionsmaxime beherrscht wird, trifft die um unentgeltliche Rechtspflege nachsuchende Partei naturgemäss umfangreichere Mitwirkungspflichten als beispielsweise in einem familienrechtlichen Verfahren.
- Art. 88 Abs. 5 ZPO enthält keine eigenständige Beschwerde, sondern eine solche nach Art. 280 ZPO.

Aus den Erwägungen:

1. RA X. stellt sich auf den Standpunkt, dem Hinweis in der Entscheidungsbegründung, wonach in einem nach der Verhandlungsmaxime ablaufenden Prozess erwartet werden dürfe, dass ein mit dem vollständigen Nachweis der Bedürftigkeit versehenes Gesuch eingereicht werde, könne nicht beigepflichtet werden. Vielmehr sei ganz unabhängig vom Verfahren, auf welches sich das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsvertretung beziehe, der Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln.

Inwiefern der Kantonsgerichtspräsident bei der Feststellung der Bedürftigkeit der Gesuchstellerin bzw. bei der Anwendung kantonalen Rechts Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und Willkür begangen oder aber den in der Bundesverfassung verankerten Minimalanspruch verletzt haben soll, wurde in der Beschwerdebegründung mit keinem Wort dargelegt. Die entsprechenden Ausführungen von RA X. stellen damit unzulässige appellatorische Kritik dar, auf welche nicht einzutreten ist.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Auffassung von RA X. auch materiell nicht gefolgt werden kann. Wohl gilt in Verfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Untersuchungsgrundsatz. Allerdings wird diese Maxime unter anderem ergänzt und eingeschränkt durch die Mitwirkungspflichten der gesuchstellenden Partei. Die Untersuchungsmaxime ist nicht dahin zu verstehen, dass sich die Parteien nicht an der Sammlung des Prozessstoffes betei-

gen und das Gericht von Amtes wegen nach Beweismitteln zu forschen hat (*Verfügung des Präsidenten des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 17. November 1998 i.S. B.A., AGVE-1998-437; siehe auch Pra 2003, S. 311 ff.*). Zudem trifft die um unentgeltliche Rechtspflege nachsuchende Partei in einem Forderungsprozess, welcher von der Dispositionsmaxime beherrscht wird, naturgemäss umfangreichere Mitwirkungspflichten als beispielsweise in einem familienrechtlichen Verfahren, in welchem die Einkommens- und Vermögensverhältnisse bereits von Amtes wegen abzuklären sind. Ihren Mitwirkungspflichten ist die Gesuchstellerin bzw. deren Rechtsvertreter trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Einzelrichter um Auskunftserteilung und Beibringung verschiedener Beweismittel nicht oder nur unzureichend nachgekommen. Der Kantonsgerichtspräsident hat deshalb zu Recht - mangels Nachweises - die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 87 Abs. 1 ZPO verneint. Hinsichtlich des zur behaupteten Bedürftigkeit der Gesuchstellerin von RA X. erwähnten Konkurses der Beschwerdeführerin ist der Vorinstanz unter Hinweis auf einen Entscheid des Bundesgerichtes vom 17. Januar 2003 (5P.426/2002) beizupflichten. Danach bedeutet weder ein Konkurs noch der Bestand von Verlustscheinen zwingend Mittellosigkeit.

2. Weiter ist auf die von RA X. geäusserte Auffassung einzugehen, dass bei einer Beschwerde gestützt auf Art. 88 Abs. 5 ZPO – im Vergleich zur Beschwerde nach Art. 280 ZPO - uneingeschränkt gerügt werden könne. Das komme in Art. 20 ZPO, in dessen Katalog Art. 88 Abs. 5 ZPO versehentlich nicht aufgenommen worden sei, deutlich zum Ausdruck. Dort werde beispielsweise eine Beschwerde nach Art. 93 und 94 ZPO erwähnt, in deren Rahmen umfassende Rügen vorgebracht werden könnten.

Die von RA X. geäusserte Rechtsauffassung ist rein appellatorischer Art, nachdem Ausführungen dazu, inwiefern hier der Einzelrichter in seinem Entscheid in Willkür verfallen sein soll, gänzlich fehlen. Auch materiell kann die Justizaufsichtskommission der Auffassung des Beschwerdeführers nicht folgen. Art. 88 Abs. 5 ZPO ist keine eigenständige Beschwerde, sondern eine solche nach Art. 280 ZPO. So wurde im Zuge der Gesetzesrevision der frühere Art. 88 Abs. 4 ZPO in Art. 88 Abs. 5 ZPO entsprechend angepasst, nachdem neu für Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege nicht mehr die Justizdirektion sondern die Justizaufsichtskommission Beschwerdeinstanz ist. Zur aufgeworfenen Frage von RA X., ob bei der Anfechtung

der Kautionsverfügung auch Unangemessenheit gerügt werden könne, hat sich die Justizaufsichtskommission am 15. März 2001 (Entscheid betr. Sicherheitsleistung, J. 2/01) geäußert. Dort wurde ausgeführt, es sei nicht einzusehen, weshalb für Verfügungen nach Art. 93 ff. ZPO etwas anderes gelten solle als für alle übrigen Beschwerdegegenstände. Die in Art. 280 ff. ZPO getroffene Regelung des Beschwerdeverfahrens sei im Rahmen des Rechtsmittelsystems umfassend und abschliessend. An dieser Rechtsauffassung hält die Justizaufsichtskommission nach wie vor fest. Die Vorbringen von RA X. sind aber allein schon aus dem Grunde unbehelflich, weil vorliegend gar nicht eine Sicherheitsleistung nach Art. 93/94 ZPO oder ein Ausstandsbegehren zu beurteilen ist, sich die fragliche Lehrmeinung aber explizit nur auf diese beiden Beschwerdegründe bezieht (vgl. *M. Ehrenzeller*, N. 4 zu Art. 20; N. 4 zu Art. 96; N. 3 zu Art. 280). Damit hält die Argumentation von RA X. nicht stand.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung weder unter den Gesichtspunkten von Art. 280 ZPO noch bezüglich des gemäss Bundesverfassung gewährleisteten Minimalanspruches auf unentgeltliche Prozessführung zu beanstanden ist.

JuAK 18.12.03

3426

Klagerückzug. Spätester Zeitpunkt. Der Rückzug eines vor Obergericht anhängigen Verfahrens ist lediglich bis zur Urteilsöffnung möglich; selbst bei Einverständnis der Gegenpartei (Art. 269 ZPO).

Aus den Erwägungen:

1. Zu klären ist die Frage, ob das Obergericht zur Behandlung eines Klagerückzugs nach der Urteilsöffnung und vor Eintritt der Rechtskraft zuständig ist. Der Gesuchsteller begründet sein Gesuch im Wesentlichen mit einem Hinweis auf *M. Guldener* (Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 339 Fn. 1), wonach ein Klagerückzug auch nach Verkündung der Entscheidung zugelassen sei, wenn sich der Gegner damit einverstanden erkläre.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in der appenzell-ausserrhodischen Zivilprozessordnung bezüglich der Appellation in Art. 269 festgehalten wird, dass ein Rückzug nur möglich ist, solange der Endentscheid des Obergerichtes nicht eröffnet worden ist. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, zu vermeiden, dass eine Partei den Entscheid des Gerichtes dadurch unterläuft, dass sie ihr Rechtsmittel noch zurückzieht, wenn sie von einem für sie ungünstigeren Ausgang des Verfahrens Kenntnis hat (Urteil der 1. Abt. des Obergerichtes von Appenzell A. Rh. vom 21.2.1995 i. S. F. D. ca. N. G, S. 11). Hinsichtlich des Klagerückzugs fehlt eine entsprechende Gesetzesbestimmung. Das Obergericht vertritt jedoch die Ansicht, dass, wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, hiefür dasselbe gelten muss (siehe auch *H. U. Walder, Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, S. 160*).

Sodann ist die vom Gesuchsteller angeführte Literaturstelle einer genaueren Betrachtung zu unterziehen bzw. vollständig wiederzugeben. *M. Guldener* hält dort folgendes fest: „Zurückgezogen werden kann die Klage meines Erachtens nicht mehr, nachdem die Endentscheidung verkündet ist. Auch wenn Rechtskraft noch nicht eingetreten ist, darf doch das Gericht auf die verkündete Entscheidung nicht mehr zurückkommen. Anders nur, wenn sich der Gegner einverstanden erklärt. Der Kläger kann ein ordentliches Rechtsmittel einreichen und in der Rechtsmittelinstanz die Klage zurückziehen.“ Nach Ansicht des Obergerichtes vermag der einschlägige Text die vom Gesuchsteller vertretene Meinung, mit dem Einverständnis der Gegenpartei könne die Klage noch nach der Entscheidverkündung zurückgezogen werden, nicht zu untermauern. Vielmehr spricht sich der Autor dafür aus, dass nach der Urteilsverkündung ein ordentliches Rechtsmittel eingereicht werden muss und der Klagerückzug in der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen hat (vgl. BGE 91 II 146 ff.). Ein „erleichtertes Vorgehen“ ist lediglich beim Rückzug eines obergerichtlichen Scheidungsurteils möglich. Von Bundesrechts wegen kann hier - um der Aufrechterhaltung der Ehe Genüge zu tun - ein Rückzug während der laufenden Berufungsfrist beim Obergericht erfolgen (BGE 84 II 232 ff.; *H. U. Walder, a.a.O., S. 161*). In casu hätte somit der Gesuchsteller das Rechtsmittel der Berufung einlegen und danach vor Bundesgericht die Abschreibung des Verfahrens zufolge Vergleichs verlangen müssen. Der Appellant hat jedoch auf die Ergreifung eines

Rechtsmittels verzichtet und das obergerichtliche Urteil ist mittlerweile in Rechtskraft erwachsen.

2. Festzuhalten ist somit, dass der Rückzug eines vor Obergericht anhängigen Verfahrens lediglich bis zur Urteilsöffnung möglich ist. Nach diesem Zeitpunkt hätte ein Klagerückzug - unter Ergreifung eines Rechtsmittels - beim Bundesgericht zu erfolgen. Mangels Zuständigkeit des Obergerichtes wird deshalb auf das vorliegende Gesuch nicht eingetreten.

OGer 29.04.03

3427

Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Erkenntnisses.

Das Kurator-Verfahren nach österreichischem Recht kann nicht als Versäumnisverfahren nach dem Lugano-Übereinkommen qualifiziert werden.

1. a) Nach Art. 31 Abs. 1 LugÜ kann für eine in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidung in einem anderen Vertragsstaat eine Vollstreckbarkeitserklärung eingeholt werden. Dabei hat der Gesuchsteller im Bezirk des angerufenen Gerichtes ein Wahlmizil zu begründen oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen (Art. 33 Abs. 2 LugÜ) und seinem Antrag die in Art. 46 LugÜ angeführten Urkunden beizufügen (Art. 33 Abs. 3 LugÜ). Dazu gehört für den Fall der blossen Anerkennungserklärung eine Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (Ziffer 1 von Art. 46 LugÜ) sowie bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist. Eine Legalisation oder ähnliche Förmlichkeiten sind bezüglich der vorgenannten Urkunden nicht erforderlich (Art. 49 LugÜ). Werden die in Art. 46 Ziffer 2 LugÜ angeführten Urkunden nicht vorgelegt, so kann das Gericht eine Frist bestimmen, innerhalb derer die Urkunden vorzulegen sind (Art. 48 Abs. 1 LugÜ)

Das befassete Gericht erlässt seine Entscheidung unverzüglich, ohne dass der Schuldner Gelegenheit erhält, eine Erklärung ab-

zugeben (Art. 34 Abs. 1 LugÜ). Der Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör ist erst im Rechtsbehelfsverfahren (Art. 36 ff. LugÜ) gewährleistet.

b) Mit Verfügung vom 11.7.2003 ist die Gesuchstellerin aufgefordert worden, die Urkunde gemäss Art. 46 Ziffer 2 LugÜ einzureichen. Sie hat innert Frist eine Bestätigung des Landgerichts Innsbruck vorgelegt, in der ausgeführt wird, dass der damalige Beklagte und heutige Gesuchsgegner unbekanntes Aufenthaltes gewesen und ihm gestützt auf § 116 der österreichischen ZPO vom Gericht ein Kurator bestellt worden sei. Die Klage mit dem Auftrag zur Klagebeantwortung sei dem Kurator, einem Rechtsanwalt, ordnungsgemäss zugestellt worden.

c) Zu fragen ist, ob die Zustellung an einen Kurator im Sinne von § 116 A-ZPO den Erfordernissen von Art. 46 Ziffer 2 bzw. Art. 27 Ziffer 2 LugÜ genügt oder nicht. Dafür ist zu prüfen, ob das Kurator-Verfahren nach österreichischem Recht als Versäumnisverfahren nach LugÜ zu qualifizieren ist oder nicht. Dabei ist entscheidend, dass sich die Frage, wann ein Versäumnisverfahren vorliegt, nach europäischem Einheitsrecht beurteilt. Unerheblich ist deshalb, ob das österreichische Recht ein Verfahren unter dem Titel „Versäumnis“ regelt oder nicht. Nur am Rande sei vermerkt, dass im vorliegenden Fall nicht zu prüfen ist, ob die Zustellung an sich ordnungsgemäss erfolgte; diese Frage hätte nach österreichischem Recht geprüft werden müssen.

Durch die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks soll der Beklagte erstmals von dem dem Entscheid zugrunde liegenden Verfahren Kenntnis erlangen und dadurch in die Lage versetzt werden, seine Rechte vor Erlass einer vollstreckbaren Entscheidung im Urteilsstaat geltend zu machen (*Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1996, N. 24 zu Art. 27 EuGVÜ/LugÜ*). Art. 46 Ziffer 2 bzw. Art. 27 Ziffer 2 LugÜ dient somit dem Schutz des rechtlichen Gehörs des Beklagten.

Die Ernennung eines Kurators stellt eine Alternative dar zur öffentlichen Bekanntmachung (so ausdrücklich § 116 A-ZPO). In beiden Fällen geht es darum, die Fiktion der Zustellung an eine Person zu ermöglichen, die unbekanntes Aufenthaltes ist. In beiden Fällen ist es dem Beklagten selbst aber nicht möglich, seine Rechte nach seinem Willen wahrzunehmen. Da der Kurator nicht nach den Instruktionen des Beklagten handelt (bzw. handeln kann), vermag auch die Zustellung an ihn das rechtliche Gehör des Beklagten nicht zu schützen.

Trotz der Bestellung eines Kurators handelt es sich um ein Verfahren, auf das sich der Beklagte nicht eingelassen hat. Die Zustellung an den Kurator vermag deshalb die Zustellung an den Beklagten nicht zu ersetzen. Da die Gesuchstellerin keine Bestätigung einreichen konnte, wonach die Klageschrift dem Beklagten und heutigen Gesuchsgegner persönlich oder einem von ihm bestellten Rechtsvertreter zugestellt worden ist, kann gestützt auf Art. 27 Ziffer 2 LugÜ der Entscheid des Landesgerichtes Innsbruck vom 28.9.2001 nicht anerkannt werden.

Mithin ist der Antrag abzulehnen.

KGP 14.08.2003

2.4 Schuldbetreibung und Konkurs

3428

Recht auf Vorausverwertung des Pfandes (beneficium excussionis realis). Vom Recht auf Vorausverwertung des Pfandes gibt es Ausnahmen. Zum Beispiel, wenn eine Vereinbarung besteht, wonach der Pfandgläubiger zum **privaten Verkaufen des Pfandes** berechtigt ist und diese dahingehend zu interpretieren ist, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen Selbstverkauf, Betreibung auf Pfandverwertung oder ordentlicher Betreibung eingeräumt wurde.

Sachverhalt:

Im Frühjahr 2003 investierte G. für die D.C.I. Ltd. rund 2 Mio. US Dollars in C. Weil es bei diesem Geschäft zu diversen Rückzahlungsverzögerungen kam, unterzeichnete G. am 4. Juli 2003 zu Gunsten der D.C.I. Ltd. eine Schuldanerkennung und bestellte ein Faustpfand in Form der Aktien seiner Firma. Ende Oktober 2003 kündigte die D.C.I. Ltd. die öffentliche Versteigerung der verpfändeten Aktien an. Am 4. November 2003 leitete sie die ordentliche Betreibung über den Betrag von Fr. 2'733'000.-- nebst Zins gegen G. ein. Am 6. November 2003 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt.

Aus den Erwägungen:

1. a) Für pfandgesicherte Forderungen wird die Betreibung, auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, durch Verwertung des Pfandes (Art. 151-158 SchKG) fortgesetzt. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1 und 1bis SchKG).

Die Unterscheidung zwischen der Betreibung auf Pfandverwertung und der gewöhnlichen Betreibung liegt nicht im öffentlichen Interesse. Die Bestimmung von Art. 41 Abs. 1 SchKG ist privatrechtlicher, nicht zwingender Natur. Sie dient nicht der Wahrung der Interessen von am Schuld- und Pfandverhältnis nicht beteiligten Dritten. Auch wenn grundsätzlich bei pfandgesicherten Forderungen die Betreibung auf Pfandverwertung zu erheben ist, steht es dem Schuldner frei, sich einer anderen Betreibungsart zu unterziehen. Er hat aber das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dieses Recht wird als **beneficium excussionis realis** bezeichnet und ist mittels **Beschwerde** gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen. Da das beneficium excussionis realis nicht unabdingbar ist, steht es den Parteien frei, das Recht auf Vorausvollstreckung zum voraus vertraglich auszuschliessen (*Domenico Acocella* in *Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 17 zu Art. 41 SchKG*).

Nun gibt es aber Fälle, in denen der Schuldner sich **nicht** auf das beneficium excussionis realis berufen kann (vgl. die Aufzählung bei *Domenico Acocella, a.a.O., N 23 ff. zu Art. 41 SchKG*). So zum Beispiel, wenn eine Vereinbarung besteht, wonach der Pfandgläubiger zum **privaten Verkaufen des Pfandes** berechtigt ist und diese dahingehend zu interpretieren ist, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen Selbstverkauf, Betreibung auf Pfandverwertung oder ordentliche Betreibung eingeräumt wurde (BGE 73 III 16; *Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 32 N 17*). In diesem Fall hängt die Frage nach einem Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes in erster Linie vom Inhalt und von der Tragweite der Vereinbarung ab,

die in mannigfachen Spielarten, mit einschränkenden und erweiternden Klauseln vorkommen kann und in ihrer Anwendung vom Grundsatz des Art. 2 ZGB beherrscht ist. Es ist angezeigt, die Entscheidung beim Bestehen einer solchen Vereinbarung dem Richter anheim zu geben. Dieser mag, falls sich ein Parteiwille in der in Frage stehenden Hinsicht nicht ermitteln lässt, prüfen, ob ein Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes dem „mutmasslichen“ Parteiwillen oder Treu und Glauben entspricht, wie allenfalls bei zweifellos genügender Pfanddeckung. Der Richter ist frei, die dem einzelnen Fall entsprechende Lösung zu treffen, sei es (Bestand und Fälligkeit der Schuld vorausgesetzt) unbedingte Freigabe der ordentlichen Betreuung, ohne Rücksicht auf das nicht liquidierte Pfand, oder nur provisorische Freigabe, so dass Verwertung gepfändeter Gegenstände sowie Konkursandrohung nur für einen allfälligen Pfandausfall verlangt werden kann, oder endlich gänzliche Hemmung der Betreuung bis nach durchgeführter Pfandliquidation (BGE 73 III 16).

b) Im vorliegenden Fall liegt die soeben erwähnte Ausnahme der **Erlaubnis zum privaten Verkaufe des Pfandes** vor, indem G. der D.C.I. Ltd. am 4. Juli 2003 das Recht eingeräumt hat, das Faustpfand nach vorheriger schriftlicher Androhung nach fünf Tagen freihändig zu verkaufen, wenn der Schuldner mit der Bezahlung seiner Schuld oder mit der Erfüllung einer sonstigen Verpflichtung in Verzug geraten sollte.

Das Vorliegen der Abrede, wonach die Beschwerdegegnerin zur privaten Veräusserung des Faustpfandes berechtigt ist, hat nicht zur Folge, dass die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs für eine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung nicht zuständig ist. Ziff. 1 des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers, mit dem die Aufhebung des Zahlungsbefehls in der Betreuung Nr. yz des Betreibungsamtes H. verlangt wird, ist aber abzuweisen, da die Prüfung von Inhalt und Tragweite der Pfandvereinbarung nach dem Gesagten dem Richter obliegt.

ABSch+K 09.12.2003

3429

Rechtsöffnung. Eine Kanzleisperre im Sinne von Art. 178 Abs. 3 ZGB hindert die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung nicht. Im zweitinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren besteht weder Anspruch auf einen doppelten Schriftenwechsel noch auf eine mündliche Appellationsverhandlung

Aus den Erwägungen:

1. Erhebt der Schuldner in der Betreibung auf Grundpfandverwertung ohne nähere Begründung Rechtsvorschlag, so wird nach Art. 85 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG, SR 281.42) angenommen, der Rechtsvorschlag beziehe sich auf die Forderung und auf das Pfandrecht. In der vorliegenden Grundpfandverwertung hat die Schuldnerin ohne Begründung Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl erhoben. Die Vorinstanz ist daher zu Recht der Frage nachgegangen, ob die provisorische Rechtsöffnung sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht erteilt werden könne. Sie ist aufgrund der Akten sodann zu Recht zum Schlusse gelangt, dass provisorische Rechtsöffnung für Forderung und Pfandrecht zu erteilen sei. In der Appellationsschrift hat die Schuldnerin gegen die in allen Teilen zutreffende Begründung, auf die verwiesen werden kann, keine Einwendungen erhoben.

2. Die Schuldnerin macht indessen geltend, dem Rechtsöffnungsgesuch stehe die in ihrem Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 178 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) erlassene sogenannte Kanzleisperre entgegen. Dieser Einwand trifft nicht zu. Die Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 178 ZGB ist auf den Schutz des andern Ehegatten zugeschnitten. Deshalb vermag sie nicht zu verhindern, dass Dritte durch Zwangsvollstreckung auf bestimmte Vermögenswerte greifen. Die Kanzleisperre (Abs. 3) besteht in der Schliessung des Hauptbuches mit der Folge, dass der Eigentümerehegatte nicht mehr allein über sein Grundstück dinglich verfügen kann, sondern hierfür das Einverständnis seines Ehepartners benötigt. Die Kanzleisperre hindert indessen die Eintragung von gesetzlich begründeten Ansprüchen Dritter, namentlich von Bauhandwerkerpfandrechten, nicht. Ferner bleibt die Durchführung der Zwangsvollstreckung in eine mit Kanzleisperre belegten Liegenschaft möglich (*Franz Hasenböhler, in Basler Kommentar zum schweizeri-*

schen Privatrecht, ZGB I, Basel/Genf/München 2002, Art. 178, N. 16). Das Rechtsöffnungsverfahren ist Teil dieser Zwangsvollstreckung.

3. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat die Schuldnerin einen doppelten Schriftenwechsel und eine mündliche Appellationsverhandlung beantragt. Beides ist gesetzlich nicht vorgesehen. Nach Art. 273 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO wird dem Appellanten Gelegenheit zu einer Replik gegeben, wenn die Gegenpartei Anschlussappellation erklärt oder neue Einreden und neue Behauptungen vorbringt oder neue Beweismittel einreicht. Gemäss Art. 273 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO entscheidet der Einzelrichter des Obergerichts in der Regel aufgrund der Akten ohne Vorstand der Parteien. Eine mündliche Verhandlung kann angeordnet werden, wenn es nach den Umständen als geboten erscheint. Im vorliegenden Fall waren die Voraussetzungen zur Einholung einer Replik nicht erfüllt und die Umstände dieses einfachen Rechtsöffnungsverfahrens rechtfertigten keine mündliche Appellationsverhandlung. Entgegen der Ansicht der Schuldnerin besteht auch aufgrund von Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) kein Anspruch auf eine mündliche Gerichtsverhandlung. Gegenstand des summarischen Rechtsöffnungsverfahrens sind keine zivilrechtlichen Ansprüche (civil rights) sondern die Frage, ob das Vollstreckungsverfahren fortgesetzt werden kann, ohne den ordentlichen Richter anrufen zu müssen.

OGP 22.12.2003

3430

Rechtsvorschlag. Anbringung in mündlicher Form (Art. 74 SchKG).

Gemäss Art. 74 Abs. 1 SchKG hat der Betriebene den Rechtsvorschlag sofort dem Überbringer des Zahlungsbefehls oder innert 10 Tagen nach der Zustellung dem Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu erklären. Nach beendigter Zustellung kann der Rechtsvorschlag nicht mehr gegenüber einem Postboten oder Beamten erklärt werden. Es kann dann nurmehr die schriftliche Erklärung des Rechtsvorschlages mit Hilfe der Post dem Betreibungsamt zugestellt werden (*Balthasar Bessenich in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Da-*

niel Staehelin, [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 9 und 14 zu Art. 74 SchKG*).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine mündliche Erklärung gegenüber dem Postboten am auf die Zustellung des Zahlungsbefehls folgenden Tag nicht genügt.

ABSch+K 12.02.2004

3431

Retentionsrecht. Ob ein Mietobjekt zu Wohn- oder Geschäftszwecken gemietet wurde und daher ein gesetzliches Pfandrecht an den beweglichen Sachen im Mietobjekt besteht oder nicht, ist eine Frage des materiellen Rechts. Das Betreibungsamt kann die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur ablehnen, wenn das Retentionsrecht offensichtlich nicht besteht.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 268 OR gewährt nur Vermietern von **Geschäftsräumen** ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden. Art. 283 SchKG gibt den Vermietern das Recht, schon vor Anhebung der Betreibung ihre Interessen zu wahren und ein Verzeichnis mit Gegenständen, die der Retention unterliegen, erstellen zu lassen. Vorliegend hat sich das beschwerdebeklagte Betreibungsamt geweigert, eine Retentionsurkunde aufzunehmen, da angeblich keine Geschäftsraumnutzung vorliege.

Der Begriff des Geschäftsraumes wird vom Bundesgericht weit ausgelegt; insbesondere kommt es nicht notwendigerweise auf die Elemente des gewinnbringenden Tätigkeitszwecks oder der hauptberuflichen Nutzung an (*Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 9 zu Art. 283 SchKG*). Ob ein Mietobjekt zu Wohn- oder Geschäftszwecken gemietet wurde und daher ein gesetzliches Pfandrecht an den beweglichen Sachen im Mietobjekt besteht oder nicht, ist eine **Frage des materiellen Rechts**. Das Betrei-

bungsamt kann die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur ablehnen, wenn das Retentionsrecht offensichtlich nicht besteht (*Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 34 N 18; Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 51 zu Art. 283 SchKG*). Das Betreibungsamt kann lediglich darüber befinden, ob eine bewegliche Sache im Mietobjekt unpfändbar im Sinne von Art. 92 SchKG ist (vgl. Art. 268 Abs. 3 OR). Ist der Schuldner der Meinung, eine Forderung oder wie vorliegend ein Pfandrecht bestünden nicht, hat er gegen die Prosequierungsbetreibung Rechtsvorschlag zu erheben, worauf der Vermieter ein Rechtsöffnungsbegehren (Art. 82 SchKG) oder Klage auf Anerkennung der Forderung oder des Pfandrechts (Art. 79 SchKG) einreichen kann. Bei behauptetem Dritteigentum ist das Widerspruchsverfahren anzuheben (Art. 106 ff. SchKG).

Im vorliegenden Fall ist das Betreibungsamt H. zu Unrecht von einer blossen Wohnnutzung der Liegenschaft X. in W. ausgegangen. Wohl trifft es zu, dass im Mietvertrag vom 14. April 2003 von einer Geschäftstätigkeit nicht die Rede ist. Darauf, dass die Mieter im Mietobjekt auch geschäftliche Aktivitäten entfalten wollten, deuten jedoch ihre verschiedenen, schriftlichen Rügen betreffend des fehlenden ADSL-Anschlusses und dessen angebliche Bedeutung für die Tätigkeit des Mieters A. als Anlageberater hin. Kommt hinzu, dass der Gebrauch eines Raumes (oder von Teilen davon) zu Geschäftszwecken auch stillschweigend oder aufgrund konkludenten Verhaltens, zum Beispiel aufgrund der vom Vermieter wissentlich geduldeten Geschäftsraumnutzung, vereinbart werden kann (*Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 19 und 25 zu Art. 253a-253b OR*).

Unter diesen Umständen kann indessen weder von einem rechtsmissbräuchlichen Retentionsbegehren gesprochen werden, noch liegt eine Situation vor, in der ein Retentionsrecht überhaupt nicht zur Diskussion steht (*Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 51 zu Art. 283 SchKG mit Hinweisen*) und das Betreibungsamt hätte die nachgesuchte Handlung nicht ablehnen dürfen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Rückweisungsverfügung des Betreibungsamtes vom 2. März 2004 aufzuheben. Zudem ist das Betreibungsamt anzuweisen, das Retentionsverzeichnis aufzunehmen und die Retentionsurkunde auszustellen.

2. Nur nebenbei bemerkt sei, dass es sich bei der Retention - wie beim Arrest - um eine sichernde Massnahme handelt und weder eine

Notifikation des Schuldners gemäss Art. 90 SchKG noch seine Anwesenheit beim Vollzug nötig ist. Im Gegenteil ist eine Anzeige an den Schuldner geeignet, den Erfolg des Retentionsverfahrens zu vereiteln (*Kurt Amonn/Fridolin Walther, a.a.O., § 34 N 24; Anton K. Schnyder/M. Andreas Wiede, a.a.O., N 59 zu Art. 283 SchKG*). Der Betreibungsbeamte hätte den Augenschein am 20. Februar 2004 also wie geplant durchführen sollen. Wenn er dies nicht allein in Anwesenheit der minderjährigen Tochter der Mieter tun wollte, hätte er die Rückkehr der Eltern abwarten resp. die Hilfe der Polizei oder einer andern Behörde in Anspruch nehmen müssen.

ABSch+K 20.04.2004

2.5 Strafprozess

3432

Beweiswürdigung. Der geltend gemachte Nachtrunk lässt sich aufgrund des Gutachtens sowohl grundsätzlich als auch mit Bezug auf die angeblich konsumierte Art des Alkohols (Whisky) ausschliessen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Nach dem prozessualen Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 25 und Art. 166 Abs. 1 StPO) hat der Richter aufgrund seiner freien, aus dem gesamten Verfahren geschöpften Überzeugung zu entscheiden. Der blosser Verdacht oder die blosser Wahrscheinlichkeit, dass die eines Deliktes angeklagte Person eine strafbare Handlung begangen haben könnte, genügt für eine Verurteilung nicht. Auf der andern Seite darf der Richter nicht erst dann eine bestimmte Tatsache als erwiesen betrachten, wenn jede, auch theoretisch noch so entfernte Möglichkeit, dass der Sachverhalt sich anders zugetragen haben könnte, ausgeschlossen ist. Notwendig für die Überzeugungsbildung ist das Urteil eines besonnenen und lebenserfahrenen Beobachters, das vernünftige Zweifel auszuschliessen vermag. Eine Verurteilung muss in objektiver Sicht auf einem ausreichenden Schuldbefund beruhen.

weis und in subjektiver Sicht auf der vollen richterlichen Überzeugung beruhen.

b) Anlässlich der Verhandlung vor dem Kantonsgericht liess H. vortragen, dass er am Vorabend des 15. Januar 2002 eine Flasche Weisswein getrunken und dazu Beruhigungs- und Schlafmittel zu sich genommen habe. Am nächsten Morgen habe er keine alkoholischen Getränke mehr konsumiert und sei am Nachmittag nach dem Einkauf im K. in A. zwischen 14.00 und 16.00 Uhr nach H. gefahren. Die Fahrt habe rund 25 bis 30 Minuten in Anspruch genommen. Als er seine Lebensgefährtin telefonisch nicht erreichen konnte, habe er nach rund 10 bis 15 Minuten mit dem Konsum von Whisky begonnen. Er habe die ganze Flasche getrunken. An die Grösse der Whiskyflasche konnte der Angeklagte sich zwar nicht mehr genau erinnern, er meinte in der Befragung an Schranken aber, es seien 7 dl gewesen. Als Trinkende gab der Angeklagte gegenüber dem Arzt, der die Blutprobe entnahm, 16.30 Uhr an.

Das Obergericht hat den Ablauf, wie er vom Angeklagten selbst geschildert worden ist, dem Institut für Rechtsmedizin St. Gallen (IRM) zur Begutachtung unterbreitet. Der Experte des IRM gelangte zum Schluss, dass ein Konsum von 0.6 bis 0.7 Liter Whisky nötig gewesen wäre, um die beim Angeklagten gefundene Blutalkohol-Konzentration zu erklären. Wenn H. in so kurzer Zeit eine 7 dl-Flasche Whisky getrunken hätte, wäre allerdings eine tiefe Bewusstlosigkeit oder möglicherweise sogar der Tod eingetreten. Ausserdem hätte der Angeklagte von der Polizei nicht mehr geweckt werden können; dem Arzt hätte sich ein volltrunkener und wahrscheinlich bewusstloser Patient präsentiert. Aufgrund der Beobachtungen der Polizei und des Arztes sei eine Alkoholaufnahme, wie vom Angeklagten behauptet, praktisch ausgeschlossen. Falls die analytisch gefundene und rechnerisch ergänzte Blutalkohol-Konzentration von rund 3 Gewichtspromillen hingegen über lange Zeit, d.h. über mehrere Stunden hinweg, aufgebaut worden wäre und der Proband an Alkohol gewohnt sei, seien die von der Polizei und der Ärztin beobachteten Ausfallerscheinungen hingegen mit der sehr hohen Blutalkohol-Konzentration zu vereinbaren. Die von der Polizei und der Ärztin festgestellten Trunkenheitssymptome würden denn auch einem langsamen Aufbau der Blutalkohol-Konzentration von rund 3 Gewichtspromillen entsprechen. Gemäss Begleitstoffanalyse könne Whisky als Getränkeart praktisch ausge-

geschlossen werden. Das Begleitstoffmuster spreche jedoch für eine Alkoholabhängigkeit.

Aufgrund des eindeutigen Gutachtens ist das Obergericht davon überzeugt, dass es sich bei dem vom Angeklagten geltend gemachten Nachtrunk um eine blosser Schutzbehauptung handelt. Es geht weiter davon aus, dass der Angeklagte am 15. Januar 2002 im Laufe des Vormittages eine grössere Menge Alkohol - und zwar keinen Whisky - konsumierte, welche dann zu der am Abend festgestellten Blutalkohol-Konzentration von mindestens 2,72 Gewichtsprozent führte. Dieses Ergebnis deckt sich mit anderen klaren Indizien: So wurde im Auto gemäss Polizeirapport zum Beispiel keine Whiskyflasche gefunden, obwohl der Angeklagte angab, diese habe im Wagen gelegen. Der Angeklagte konnte sodann keine näheren Angaben zur Grösse der Flasche oder zur Marke des gekauften Whiskys machen oder gar einen Kassenzettel vorweisen. Nicht mit einem raschen Nachtrunk einer grossen Menge Whisky zu vereinbaren, ist schliesslich die ärztliche Untersuchung im Kantonalen Spital H. (act. 3). Der zuständige Arzt stellte beim Angeklagten nämlich noch vor der polizeilichen Befragung eine klare Bewusstseinslage fest und attestierte, dass die zeitliche und örtliche Orientierung vorhanden gewesen sei, aber auch, dass H. gemäss eigenen Angaben zwischen 10.00 und 16.30 Uhr eine Flasche Whisky getrunken hätte.

c) Zusammenfassend gelangt das Obergericht daher zum Schluss, dass H. am 15. Januar 2002 bereits am Vormittag eine grössere Menge an alkoholischen Getränken (nicht Whisky) konsumierte und die Strecke zwischen A. und H. im Laufe des Nachmittags mit einer den gesetzlichen Grenzwert von 0,8 Gewichtsprozent deutlich übersteigenden Blutalkohol-Konzentration zurückgelegt hat. Damit ist der Tatbestand des Führens eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand in objektiver Hinsicht erfüllt.

OGer 25.11.2003

2.6 Öffentliches Recht

3433

Anwalt/Anwältin. Für die Behandlung von Gesuchen um Befreiung vom Berufsgeheimnis ist die Aufsichtsbehörde am Ort der Geschäftsausübung zuständig (Art 13 u. 14 Anwaltsgesetz, Art. 11 Anwaltsordnung).

Aus den Erwägungen:

1. Art. 13 des am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) regelt das Berufsgeheimnis. So unterstehen Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist, wobei sie die Entbindung nicht zur Preisgabe von Anvertrautem verpflichtet (siehe auch Art. 11 der Verordnung über den Anwaltsberuf [Anwaltsordnung; bGS 145.52]). Die Verletzung des Berufsgeheimnisses wird auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bestraft. Der Täter ist dann nicht strafbar, wenn der Berechtigte einwilligt oder er über eine schriftliche Entbindungserklärung der Aufsichtsbehörde verfügt (Art. 321 Ziff. 1 und 2 StGB). Der Gesuchsteller beantragt mit dem vorliegenden Gesuch die Entbindung von seiner Schweigepflicht im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB.

2. Zunächst ist die sachliche Zuständigkeit zu prüfen. Auch nach Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes nimmt weiterhin die vom Kanton bezeichnete Behörde die Aufsicht über die Anwälte und Anwältinnen, die auf seinem Gebiet Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, wahr (Art. 14 BGFA). Im Kanton Appenzell A.Rh. wird die Aufsicht über die Anwälte vom Obergericht durch eine Aufsichtskommission ausgeübt, welche in der Regel aus drei Oberrichtern und zwei im Kanton wohnhaften Anwälten besteht (Art. 17 und 18 Anwaltsordnung; siehe auch Art. 22 ZPO). Bezüglich der Zuständigkeit zur Behandlung von Entbindungsgesuchen von Anwälten hat die 2. Abteilung des Obergerichtes von Appenzell A. Rh. mit Beschluss vom 9. Juli 1996 i.S. M. L. ca. Th. u. H. R. eine Praxisänderung eingeleitet. Demzufolge ist hierfür

nicht mehr das Obergericht, sondern - aufgrund der speziellen Zusammensetzung des Gremiums - die Anwaltsaufsichtskommission zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ist deshalb vorliegend gegeben. [vgl. AR GVP 8/1996, Nr. 3291.]

3. Sodann ist zu prüfen, ob die Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Appenzell A.Rh. auch in örtlicher Hinsicht zur Behandlung des vorliegenden Gesuches zuständig ist. Wie dem Anwaltsregister des Kantons St. Gallen (www.gerichte.sg.ch) entnommen werden kann, ist der in St. Gallen praktizierende Gesuchsteller im erwähnten Register eingetragen. Die Kommission ist nun der Auffassung, dass sich - zumindest was die registrierten Anwälte anbelangt - ihre Aufsichtspflichten und damit die Zuständigkeit zur Behandlung von Entbindungsgesuchen auf die im Register ihres Kantons eingetragenen Anwälte beschränken. Daraus folgt, dass zur Behandlung eines Entbindungsgesuches eines im Kanton St. Gallen registrierten Rechtsanwaltes nicht die Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Appenzell A.Rh., sondern diejenige des Kantons St. Gallen zuständig ist (in diesem Sinne: *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, Zürich 1988, S. 119). Dieses Vorgehen macht auch unter dem Gesichtspunkt Sinn, dass damit dem um Entbindung nachsuchenden Rechtsanwalt die Einforderung von ausstehenden Honorarforderungen erleichtert wird, nachdem bei der Abwicklung solcher Gesuche zwischen den einzelnen Kantonen erhebliche Unterschiede bezüglich Verfahrensart und -kosten auftreten können. Diesfalls kann sich der gesuchstellende Anwalt - unabhängig vom Wohnsitz des zahlungsunwilligen Klienten - in sämtlichen Fällen an die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde an seiner Geschäftsadresse halten.

Aufgrund des Gesagten ist die Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Appenzell A.Rh. zur Behandlung des vorliegenden Gesuches örtlich nicht zuständig und es wird nicht darauf eingetreten.

AAK 03.04.03

3434

Anwalt/Anwältin. Voraussetzung für eine detaillierte Begutachtung einer Kostenrechnung sind detaillierte Angaben des Gesuchstellers darüber, inwiefern er mit der Kostenrechnung nicht einverstanden ist.

RA X. war für den Gesuchsteller in mehreren Angelegenheiten als Rechtsanwalt tätig. RA X. stellte am 29. Mai und am 3. Oktober 2002 Rechnung. Am 6. Februar 2003 gelangte der Gesuchsteller an die Anwaltsaufsichtskommission und ersuchte um Überprüfung des geltend gemachten Honorars.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über den Anwaltstarif vom 14. März 1995 (bGS 145.53) können Kostenrechnungen der Anwaltsaufsichtskommission zur Prüfung vorgelegt werden. Gemäss gefestigter Praxis (vgl. *E. Künzler, Das Anwaltsrecht des Kantons Appenzell A. Rh. S. 130, N. 93, sowie Beschlüsse der Anwaltsaufsichtskommission vom 5.12.1997 und vom 13.6.2001*) beschränkt sich deren Tätigkeit auf eine blosse Begutachtung. Eine allfällige Auseinandersetzung über Bestand und Höhe einer Anwaltsforderung bleibt dagegen dem ordentlichen Richter vorbehalten. Des Weiteren sind Gegenstand der Begutachtung nur solche Rechnungen, die nicht bezahlt oder anerkannt worden sind. Im vorliegenden Verfahren hat die Anwaltsaufsichtskommission deshalb lediglich die noch offene Restforderung von Fr. 6'901.75 zu begutachten. Soweit mit dem Gesuch mehr verlangt wird, ist darauf nicht einzutreten.

2. Die Begutachtung der Honorarforderung im Sinne von Art. 6 des Anwaltstarifes beschränkt sich auf Kostenrechnungen, die unter diesen Tarif fallen (*E. Künzler, a.a.O., S. 129*). Die Verordnung regelt lediglich die Entschädigung für die Tätigkeit des Rechtsanwaltes als Prozessvertreter bzw. Prozessbeistand (Art. 1 Anwaltstarif). Die von RA X. eingereichte Teilabrechnung vom 6. November 2002 zeigt auf, dass in den am 3. Oktober 2002 in Rechnung gestellten 43,5 Stunden ein Anteil von 2,3 Stunden für Beratungsaufwand im Zusammenhang mit der Kündigung sowie dem Übertritt in die Einzelversicherung eingeschlossen ist. Demnach ist lediglich bezüglich der für das Strafverfahren eingesetzten 41,2 Arbeitsstunden (43,5 ./. 2,3 Stunden) auf das Gesuch um Honorarprüfung einzutreten. Nicht einzutreten ist

hingegen auf die fraglichen 2,3 Stunden, welche ausserprozessuale Tätigkeiten beschlagen.

3. Zu beantworten ist die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfang dem Gesuchsteller eine Substanziierungspflicht zukommt. Voraussetzung für eine detaillierte Begutachtung einer Kostenrechnung sind nach Auffassung der Anwaltsaufsichtskommission detaillierte Angaben des Gesuchstellers darüber, inwiefern er mit der Kostenrechnung nicht einverstanden ist. Fehlen entsprechende Ausführungen, kann sich die Begutachtung naturgemäss nur auf die Prüfung der grundsätzlichen Angemessenheit des verrechneten Honorars im Vergleich mit den geleisteten Arbeiten beschränken. Vorliegend hat der Gesuchsteller lediglich einen pauschalen Antrag auf Überprüfung der Kostenrechnung gestellt mit der Bemerkung, er empfinde den Stundenaufwand als sehr hoch. Weiter bemängelt er, es fehle eine detaillierte genaue Auflistung der einzelnen Positionen. Aufgrund des Gesagten beschränkt sich deshalb - mangels näherer Angaben des Gesuchstellers - die Prüfung auf die Frage der Angemessenheit des Arbeitsaufwandes von 41,2 Stunden.

4. Aufgrund der Aktenlage kommt die Kommission vorliegend zum Schluss, dass der von RA X. für das Strafverfahren geltend gemachte Stundenaufwand bzw. das Honorar als tarifgemäss erweist.

AAK 12.06.03