

# **Geschäftsbericht über die Staatsverwaltung und Rechtspflege**

**an den Grossen Rat  
des Kantons Appenzell I.Rh.**

**Anhang**

**2008**

<b>Verwaltungs- und Gerichtsentscheide</b>	<b>1</b>
1. Standeskommission	1
2. Gerichte	19

**Hinweise:** Die Nummerierung des Geschäftsberichtes richtet sich, soweit Ausführungen dazu gemacht werden, nach den Kontonummern von Voranschlag und Rechnung des Kantons.

Die Zahlen im Klammern () stehen für das Vorjahr.

Die männliche Bezeichnung gilt sinngemäss für beide Geschlechter.

**Herausgeberin:** Standeskommission  
des Kantons Appenzell I.Rh.  
Marktgasse 2, 9050 Appenzell  
Telefon 071 / 788 93 11  
Telefax 071 / 788 93 39  
[info@rk.ai.ch](mailto:info@rk.ai.ch)  
<http://www.ai.ch/>

# Anhang

## Verwaltungs- und Gerichtsentscheide

### 1. Standeskommission

#### **Art. 9 Abs. 1 und Art. 44 Verwaltungsverfahrensgesetz (GS 172.600; VerwVG)**

**Der Verständigungsversuch der Baubewilligungsbehörde ist kein Ausstandsgrund für den Einspracheentscheid.**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 2.1. Nach Ansicht des Rekurrenten sind die Mitglieder der Feuerschaukommission in der vorliegenden Streitsache befangen, da diese im Hinblick auf die Verbesserung des Bauprojektes mit den Parteien ein sogenanntes Werkstattgespräch durchgeführt hätten. Sie hätten somit aktiv an der "Verbesserung" des Projektes mitgewirkt. Es sei demnach nicht zulässig, dass die betreffenden Mitglieder der Feuerschaukommission über ein im Streite liegendes Projekt im Einspracheverfahren befinden würden. Sie seien wegen Vorbefassung befangen. Sie hätten somit in den Ausstand treten müssen. Ausserdem hafte dem Baubewilligungs- und Einspracheverfahren der Mangel an, dass zwischen der Bewilligungsinstanz einerseits und der Einspracheinstanz andererseits keine personelle Trennung bestehe, gegen höheres Recht verstosse.
- 2.2. Bezüglich des erwähnten Einwandes ist auf Art. 9 Abs. 1 VerwVG zu verweisen, gemäss welchem Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand treten müssen, wenn sie sich unter anderem in einer unteren Verwaltungsbehörde mit der gleichen Sache befasst haben (lit. d) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen erscheinen (lit. e). Vorerst ist klarzustellen, dass der Tatbestand von Art. 9 Abs. 1 lit. d VerwVG vorliegend nicht erfüllt ist, da sich keines der Mitglieder der Feuerschaukommission in einer unteren bzw. in einer der Feuerschaukommission vorgelagerten Behörde mit der gleichen Angelegenheit befasst hat. Ausserdem liegen auch keine Anzeichen vor, dass irgendein Mitglied der Feuerschaukommission aus anderen Gründen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. e VerwVG befangen gewesen wäre. Eine solche Befangenheit lässt sich insbesondere nicht aus dem Umstand ableiten, dass die Mitglieder der Feuerschaukommission im Rahmen von sogenannten Werkstattgesprächen zusammen mit den Parteien eine Verbesserung des ursprünglichen Bauprojektes angestrebt haben. Im Gegenteil, aufgrund von Art. 44 VerwVG kann jede Rechtsmittelinstanz versuchen, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften eine gütliche Verständigung mit den Parteien zu erreichen. Die erwähnten Werkstattgespräche kommen zweifellos Vergleichsverhandlungen im Sinne von Art. 44 VerwVG gleich, weshalb diese zulässig waren. Sie vermögen insbesondere keine Befangenheit der betreffenden Mitglieder der Feuerschaukommission

mission zu begründen. Die Teilnahme von Mitgliedern einer Rechtsmittelbehörde an solchen Verhandlungen ist demnach in keiner Weise einer unzulässigen Vorbefassung mit dem Streitgegenstand gleichzusetzen.

Im Übrigen ist die Verwaltungsstruktur in den meisten Kantonen - wie auch im Kanton Appenzell I.Rh. - traditionell dadurch gekennzeichnet, dass vorab im Bereich des Bau- und Planungswesens die Baubewilligungsbehörde auch zugleich die Funktion der erstinstanzlichen Einsprachebehörde ausübt. Ein solches System verstösst nicht gegen irgendwelches höheres Recht.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 848 vom 11. August 2008

### **Art. 37 lit. c Verwaltungsverfahrensgesetz (GS 172.600; VerwVG) in Verbindung mit Art. 51 Abs. 4 Baugesetz (GS 700.000; BauG)**

#### **Einspracheberechtigung der Fachkommission in Rekursverfahren in Fragen des Ortsbild-, Landschafts- und Naturschutzes**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 1.2.1 Laut Art. 37 lit. c VerwVG ist unter anderem jede Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht oder das kantonale Recht zur Beschwerdeführung ermächtigt, zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt. Nach Art. 51 Abs. 4 BauG ist die Fachkommission zur Beschwerdeführung gegen Entscheide der Baubewilligungsbehörden berechtigt, soweit die Interessen des Orts-, Landschafts- und Naturschutzes oder der Denkmalpflege in Frage stehen. Da im vorliegenden Fall das Orts- und Landschaftsbild umstritten ist, ist die Fachkommission grundsätzlich zum Rekurs aktivlegitimiert.
- 1.2.2. Die Bauherrschaft bezweifelt jedoch, ob die Fachkommission überhaupt rekursberechtigt ist, da sie keine Einsprache gegen das zur Diskussion stehende Projekt eingereicht hat.

Gemäss Art. 37 lit. b VerwVG ist zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Aufgrund des Gesagten ist somit nur zum Rekurs berechtigt, wer beschwert ist, das heisst mit seinen Rechtsbegehren bei der Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen ist. Beschwerer kann demnach nur sein, wer sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt hat (vgl. BGE 99 Ib 76). Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Rekurrentin während der Auflagefrist keine Einsprache gegen das streitbezogene Bauprojekt eingereicht hat. Sie hat lediglich im Rahmen ihrer Baubegutachtung vom 19. Mai 2008 eine negative Stellungnahme abgegeben.

Gestützt auf Art. 37 lit. c VerwVG ist - wie bereits in Ziff. A.1.2.1. erwähnt - jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht oder das kantonale Recht zur Beschwerde ermächtigt, rekurslegitimiert, und zwar

unabhängig davon, ob sie von der angefochtenen Verfügung betroffen bzw. beschwert ist. Gemäss Art. 51 Abs. 4 ist die Fachkommission zur Beschwerdeführung gegen Entscheide der Baubewilligungsbehörden berechtigt, soweit die Interessen des Ortsbild-, Landschafts- oder Naturschutzes oder der Denkmalpflege in Frage stehen. Im vorliegenden Fall macht die Rekurrentin Ortsbild- und Landschaftsschutzgründe geltend, weshalb die Aktivlegitimation grundsätzlich gegeben ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Kommission am vorinstanzlichen Einspracheverfahren nicht beteiligt hat, weil für ihre Aktivlegitimation eine Beschwerde nicht erforderlich ist. Die Parteilstellung der Fachkommission im Rekursverfahren ergibt sich somit direkt aus Art. 51 Abs. 4 letzter Satz BauG. Eine solche Schlussfolgerung steht im Übrigen auch im Einklang mit der der Fachkommission gestützt auf Art. 51 Abs. 4 erster Satz BauG zugewiesenen Funktion der Beratung von Baugesuchstellern und Baubehörden in Fragen des Ortsbild-, Landschafts- und Naturschutzes sowie der Denkmalpflege. Eine derartige Beratungsfunktion schliesst im erstinstanzlichen Verfahren eine Beteiligung als Einsprecherin vernünftigerweise aus.

- 1.2.3. Im Weiteren will die Rekursgegnerin der Fachkommission die Aktivlegitimation auch deshalb absprechen, weil letztere den Rekurs lediglich summarisch und nicht näher begründet habe. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass die Fachkommission ihren Rekurs in der Tat summarisch und kurz begründet hat. Immerhin ist das Hauptanliegen der Kommission erkennbar: Sie möchte die Einbettung der Baute in die bestehende Siedlung und die Landschaft überprüft haben. Da sie dieses Anliegen nicht präzise gefasst hat, muss sie es hinnehmen, dass allenfalls Aspekte, die ihr ganz wichtig sind, mangels Benennung in den Rekurseingaben für die Standeskommission aber überhaupt nicht als problematisch erkennbar sind, in der Prüfung nicht berücksichtigt werden. Diese Belange hängen aber nicht mit der Frage des Eintretens zusammen, sondern mit der materiellen Prüfung. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 41 VerwVG ein Nichteintreten wegen mangelnder Begründung erst nach erfolgter Mahnung möglich ist.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 995 vom 23. September 2008

**Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge (GS 416.000) und Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV)**

**Rückerstattungspflicht von kantonalen Schulgeldern von Personen ab 40 Jahren verletzt das Diskriminierungsverbot nicht.**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 2.1. Schulgelder, welche der Kanton aufgrund vertraglicher Verpflichtungen für den Besuch einer ausserkantonalen Ausbildungseinrichtung eines Kantonseinwohners zu bezahlen hat, werden gestützt auf Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge in der Regel vom Kanton geleistet. Nach Abs. 2 des

gleichen Artikels haben jedoch Kantonseinwohner, welche nach dem erfüllten 40. Altersjahr mit dem Studium an einer solchen Ausbildungseinrichtung beginnen, dem Kanton das Schulgeld zurückzuerstatten.

- 2.2. Laut Art. 9bis der Verordnung über Ausbildungsbeiträge (GS 416.010) kann in begründeten Fällen unter gewissen Bedingungen auf die Rückerstattung von Schulgeldern für tertiäre Ausbildungen im Sinne von Art. 12 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge ganz oder teilweise verzichtet oder diese verzinslich oder zinslos gestundet werden. Aus der Vernehmlassung des Amtes für Berufsbildung und Berufsberatung geht hervor, dass sich X.Y. geweigert habe, die zur Festlegung der anrechenbaren Ausbildungs- und Lebensunterhaltskosten notwendigen Unterlagen einzureichen, weshalb die Vorinstanz der Standeskommission keinen Antrag bzw. keine Begründung für einen allfälligen Erlass oder Teilerlass der Rückforderung unterbreiten könne.
- 3.1. Nach Ansicht der Rekurrentin verstösst die Regelung von Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge gegen Art. 8 Abs. 2 BV.
- 3.2. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet die Diskriminierung, namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung liegt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann vor, wenn eine Gruppe allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde, rechtswidrig und ungleich behandelt wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht. Das Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV macht aber gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung die Anknüpfung an ein Merkmal wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache, Alter etc. nicht absolut unzulässig. Für eine allfällige unterschiedliche Behandlung von Personen, die einer Gruppe im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV angehören, muss allerdings ein vernünftiger Grund gegeben sein (vgl. dazu BGE 132 I 65f.; 132 V 318; 126 II 393).

Aufgrund der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt sich die Frage, ob es für die Regelung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge einen vernünftigen Grund gibt. Bei der Beurteilung dieser Frage ist vorerst im Sinne einer generellen Feststellung davon auszugehen, dass der Staat für die Bildung im Allgemeinen und für die Leistung von Schulgeldern für den Besuch von ausserkantonalen Ausbildungseinrichtungen nicht grenzenlos über finanzielle Mittel verfügt. Die beschränkt zur Verfügung stehenden Mittel müssen deshalb gezielt eingesetzt werden. Mit Rücksicht auf das limitierte staatliche Leistungsvermögen müssen deshalb im Ausbildungsbereich restriktive Lösungen grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 Abs. 2 BV möglich sein, zumal es sich bei der zitierten Verfassungsbestimmung nicht um ein Egalisierungsgebot handelt (vgl. dazu BGE 126 II 392 und dort aufgeführte Literatur).

Die Festlegung einer Alterslimite im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge, wonach Studierende nach dem erfüllten 40. Altersjahr das Schulgeld dem Kanton grundsätzlich zurückzuerstatten haben, lässt sich zum einen damit begründen, dass das Bedürfnis nach Weiterbildung einer Person in der Regel zwischen dem 20. und 35. Altersjahr manifest wird. Die meisten Weiterbildungsangebote werden denn auch erfahrungsmässig von dieser Altersgruppe genutzt. Diese Feststellung schliesst jedoch nicht aus, dass auch ältere Personen aus beruflichen und wirtschaftlichen Gründen bzw. im Interesse der Sicherstellung und Verbesserung der Erwerbsfähigkeit auf eine Weiterbildung oder Umschulung angewiesen sind. Die Tendenz der Notwendigkeit einer zusätzlichen Ausbildung bzw. Weiterbildung nimmt jedoch mit fortschreitendem Alter ab. Es ist auch durchaus möglich, dass allfällige Weiterbildungen ab dem 40. Altersjahr nicht so sehr einem unbedingten ökonomischen Zwang entsprechen, sondern der blossen Verbesserung einer bereits guten ökonomischen Basis dienen.

Erfahrungsgemäss befinden sich Personen, die das 40. Altersjahr überschritten haben, zudem in anderen wirtschaftlichen Verhältnissen als die Generation der 20- bis 35-Jährigen. In der Regel haben ältere Personen und somit auch jene ab dem 40. Altersjahr ein gewisses Vermögen gebildet bzw. Ersparnisse zurückgelegt, die ausreichen sollten, das Schulgeld für den Besuch einer ausserkantonalen Ausbildungseinrichtung selber zu tragen. Solchen Personen ist es durchaus zumutbar, einen Teil der Weiterbildungskosten zu übernehmen, ohne dass sie dabei in der Bestreitung der allgemeinen Lebenshaltungskosten unzumutbare Einschränkungen in Kauf nehmen müssen.

Aufgrund des Gesagten sind demnach vernünftige und sachliche Gründe für eine altersmässig differenzierende Lösung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge gegeben.

Im Weiteren ist in diesem Zusammenhang auf Art. 9bis der Verordnung über Ausbildungsbeiträge zu verweisen, gemäss dessen Abs. 1 in begründeten Fällen auf die Rückerstattung des Schulgeldes für Ausbildungen im Sinne von Art. 12 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge verzichtet werden kann, sofern die Voraussetzungen laut Art. 9bis Abs. 3 der Verordnung über Ausbildungsbeiträge erfüllt sind. Gemäss dieser Vorschrift setzt der ganze oder teilweise Verzicht der Rückerstattung voraus, dass das Studium notwendig und geeignet ist, die Erwerbsfähigkeit des Gesuchstellers wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern (lit. a) und die Begleichung der Schulgelder die Finanzierungsmöglichkeit des Gesuchstellers übersteigt (lit. b).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Regelung nach Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge auf sachlichen Gründen beruht. Ausserdem sieht Art. 9bis der Verordnung über Ausbildungsbeiträge eine Härtefallregelung vor. Das Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV ist demnach nicht verletzt.

(...)

## **Art. 19 und 51 Abs. 1 Baugesetz (GS 700.000; BauG)**

### **Anforderungen an die Eingliederung einer Baute in der Wohn- und Gewerbezone in das Landschafts-, Orts- und Strassenbild**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

2.2.1. Für die Beurteilung der strittigen Fragen ist Art. 51 Abs. 1 BauG massgebend, wonach Bauten in Höhe, Baumassenverteilung und Farbgebung sowie bezüglich Umgebungsgestaltung in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einzugliedern sind und das Landschafts-, Orts- und Strassenbild sowie dessen Charakter nicht wesentlich beeinträchtigen dürfen. Dabei wird unter dem Orts- und Strassenbild der Gesamteindruck verstanden, der sich aus der Zusammensetzung der verschiedenen Gebäulichkeiten untereinander sowie im Verhältnis zu ihrer Umgebung ergibt. Bei Art. 51 Abs. 1 BauG handelt es sich um eine ästhetische Generalklausel. Diese hat nicht nur die Abwehr von Verunstaltungen zum Zweck, sondern sie gebietet auch eine befriedigende Einordnung eines Projektes in die Umgebung. Massgebend ist die Wirkung des Neubaus auf das bestehende Orts-, Quartier- und Strassenbild. Der Umfang des Beurteilungsspielraumes wird im Wesentlichen durch die Massgeblichkeit der vorbestehenden Bauweise und den Zonenzweck bestimmt (vgl. dazu DILGER, Raumplanungsrecht der Schweiz, 1982, Nr. 28 und 39).

2.2.2. Die Erscheinungsweise einer Baute ist nicht für sich allein, sondern vor allem auch in Abhängigkeit zur baulichen und landschaftlichen Umgebung zu würdigen. Im Einzelfall wird der bauliche (ästhetische) Gestaltungsspielraum durch die Empfindlichkeit der Landschaft einerseits und die vorbestehende Bauweise andererseits bestimmt. Generell kann gesagt werden, dass, je empfindlicher die Landschaft im Kontext erscheint, umso höhere Anforderungen an die ästhetische Gestaltung der Bauten zu stellen sind. Ferner sollten sich neue Bauvorhaben umso mehr an der vorbestehenden Bausubstanz orientieren, wenn von örtlich typischer und vorherrschender Bauweise gesprochen werden kann.

Der ästhetische Gesamteindruck einer Baute wird durch eine Vielzahl von Einzelfaktoren bestimmt. Grosse Bedeutung kommt dabei vor allem den äusseren Proportionen sowie den verwendeten Materialien und Farben zu. Die gestalterischen Anforderungen sind selbstverständlich nicht absolut. Da sie Einschränkungen der Eigentumsgarantie und eventuell anderer Grundsätze zur Folge haben, müssen sie stets dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen (vgl. dazu HALLER/KARLEN, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Auflage, Zürich 1999, N. 653 ff.).

2.2.3. Ob ein Bauprojekt den Anforderungen von Art. 51 Abs. 1 BauG genügt, ist nach objektiven und grundsätzlichen Kriterien zu prüfen. Es darf nicht einfach auf ein beliebiges, subjektives, architektonisches Empfinden oder Gefühl abgestellt werden. Richtschnur kann also weder der Eindruck ästhetisch besonders empfindsamer Personen noch das Volksempfinden sein. Bei der

Beurteilung dieser Frage bleibt den rechtsanwendenden Behörden ein gewisser Beurteilungsspielraum offen.

- 2.3.1. In der Beurteilung der Frage, ob die streitbezogene Baute mit dem Orts- und Landschaftsbild vereinbar ist, ist davon auszugehen, dass die Parz. Nr. P in der Wohn- und Gewerbezone liegt, in welcher aufgrund ihrer Funktion in ästhetischer Hinsicht grundsätzlich nicht die gleich hohen Anforderungen wie beispielsweise in der Kernzone oder in einer Ortsbildschutzzone gestellt werden.

In der Wohn- und Gewerbezone sind gestützt auf Art. 19 BauG in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1 lit. b der Verordnung zum Baugesetz (BauV) neben Wohnbauten auch mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe mit drei Vollgeschossen zugelassen. In dieser Zone soll unter anderem den baulichen Bedürfnissen des Gewerbes Rechnung getragen werden. Somit muss auch die Errichtung von gewerblichen Zweckbauten möglich sein, bei denen in erster Linie die Funktion und nicht die Ästhetik im Vordergrund steht. Solche Zonen zeichnen sich denn auch in der Regel nicht durch eine ästhetisch wertvolle Bausubstanz aus. Diese Feststellung trifft - wie noch darzulegen sein wird - auch auf den vorliegenden Fall zu.

- 2.3.2.1 Die bestehende Überbauung setzt sich aus unterschiedlichen Gebäudetypen bezüglich Volumen, Firstrichtung und Fassadengestaltung sowie Funktion zusammen. Insbesondere ist das fragliche Gebiet zu einem beträchtlichen Teil mit gewerblichen Produktionsstätten überbaut, die sich nicht durch einen einheitlichen Stil auszeichnen. Zudem weisen diese Zweckbauten auch keinen schützenswerten ästhetischen Stil auf. Insbesondere kann nach Auffassung der Standeskommission nicht gesagt werden, im fraglichen Gebiet bzw. in der Umgebung der Parz. Nr. P sei ein gewisser Baustil dominant. Das Quartier ist nicht durch eine typische Baucharakteristik gekennzeichnet, welche schützenswert wäre. Im Gegenteil, das dort anzutreffende bauliche Erscheinungsbild muss in ästhetischer Hinsicht eher als bescheiden eingestuft werden. Von massgebender Bedeutung ist zudem die Tatsache, dass auch die Siedlung nicht durch einen speziellen ästhetischen Wert geprägt ist, sodass das streitbezogene Bauprojekt trotz seiner Lage an einem Siedlungsrand keinen negativen Einfluss auf einen weiteren Umkreis hat.

(...)

- 2.3.2.2 Nach Ansicht der Standeskommission ist in ästhetischer Hinsicht die Gestaltung der nordöstlichen, fensterlosen Fassade des mittleren Bauteils bzw. des vorspringenden Treppenaufgangs zu beanstanden. Fassaden von Wohnbauten, die in dominanten, zentralen Teilen keine Fenster aufweisen, sind stilfremd und für die hiesige Baukultur atypisch, weshalb diese auf den durchschnittlichen Betrachter störend oder gar irritierend wirken. Bei Wohnbauten gehören mit Fenstern durchbrochene Fassaden zum herkömmlichen Strassenbild. Ausserdem bildet im vorliegenden Fall die fensterlose Fassade des Treppenaufgangs zur restlichen Fassade einen massigen und wuchtigen Kontrast. Der Einbau von Fenstern würde dem zur Diskussion stehenden Fassadenabschnitt eine grössere Leichtigkeit und eine für Wohnbauten übliche Transparenz verleihen. Schliesslich hinterlässt eine fensterlose Fassade auch den Eindruck einer gewissen Leblosigkeit. Aufgrund des Gesag-

ten vermag sich somit die nordöstliche Fassade nicht in befriedigender Weise in das Strassenbild einzufügen.

(...)

Die Baute konnte mangels genügender Eingliederung in das Landschafts-, Orts- und Strassenbild nicht bewilligt werden. Der Rekurs gegen die negative Verfügung der Vorinstanz wurde abgewiesen.

Standeskommissionsbeschluss Nr. 994 vom 23. September 2008

### **Art. 58 Abs. 1 im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1 Baugesetz (GS 700.000; BauG)**

#### **Verpflichtung zur Erstellung von Abstellplätzen für Motorfahrzeuge bei Erneuerung einer bestandeschützten Baute**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

7.1. Strittig ist im Weiteren, ob die Bauherrschaft zur Erstellung von Abstellplätzen für Motorfahrzeuge auf privatem Grund verpflichtet werden kann.

7.2. Bei der Beurteilung dieser Frage ist von Art. 58 Abs. 1 BauG auszugehen, gemäss welcher Vorschrift bei Erstellung, Umbau und Zweckänderung von Bauten die Bauherrschaft entsprechend dem dadurch entstehenden Mehrbedarf Abstellplätze für Motorfahrzeuge auf privatem Grund bereitzustellen hat. Lassen es die örtlichen Verhältnisse nicht zu oder erweisen sich die Kosten als unzumutbar oder ist die Erstellung von Abstellplätzen verboten, so hat der Eigentümer nach Abs. 2 des gleichen Artikels in angemessener Nähe entsprechende Abstellflächen zu beschaffen oder angemessene Ersatzgaben an Errichtung und Betrieb öffentlich nutzbarer Abstellflächen zu leisten. Die Parkplatzerstellungspflicht kann somit auf zwei Wegen ausgelöst werden. Zum einen, wenn der Private sein Grundstück neu überbaut. Zum anderen, wenn er seine bestehende Baute in einem gewissen Umfang verändert (Umbau) oder deren Zweck ändert und dadurch im Vergleich zum Ist-Zustand ein entsprechender Mehrbedarf ausgelöst wird.

(...)

7.5. Im vorliegenden Fall ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass es sich bei der abzubrechenden Baute um eine sogenannte altrechtliche Baute handelt, die den heutigen Vorschriften der Baugesetzgebung nicht mehr entspricht. Sie kommt deshalb in den Genuss der Bestandesgarantie im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BauG. Für bestehende Bauten, die vor Inkrafttreten der Baugesetzgebung erstellt wurden und den neuen Bestimmungen nicht entsprechen, bleiben laut Art. 4 Abs. 1 BauG der Weiterbestand, ein angemessener Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung gewährleistet. Sie sind nach der gleichen Bestimmung nur dann den neuen Vorschriften anzupassen, wenn es gesetzlich ausdrücklich vorgesehen oder zur Wahrung der öffentlichen Ordnung dringend geboten ist. Laut Art. 4 Abs. 2 BauG gelten als zeitgemässe

Erneuerung auch der Abbruch und der Wiederaufbau im bisherigen Umfang, unter Vorbehalt des Ortsbildschutzes, sofern dadurch nicht wesentliche öffentliche oder nachbarliche Interessen verletzt werden, sowie die Erstellung einzelner Bauteile, die für sich allein die geltenden Vorschriften einhalten. Die Wirkung der Bestandesgarantie besteht darin, dass für die Altbaute der Weiterbestand in ihrer derzeitigen inneren und äusseren Gestaltung und ihrer bisherigen Zweckbestimmung gewährleistet ist. Vorbehalten sind jedoch die Schranken des allgemeinen und auch für baurechtskonforme Bauten geltenden Rechts, vor allem diejenigen des Immissionsschutzes (vgl. dazu ZBI 1982, S. 449). Von der Bestandesgarantie ist somit der Baukörper als solcher und dessen ursprüngliche Zweckbestimmung erfasst. Es stellt sich nun die Frage, ob auch die Parkplatzerstellungspflicht gemäss Art. 58 Abs. 1 BauG von der Bestandesgarantie erfasst wird oder nicht.

- 7.6. Bestandesgeschützte Bauten sind nach Art. 4 Abs. 1 zweiter Satz BauG nur dann den neuen Bauvorschriften anzupassen, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen oder zur Wahrung der öffentlichen Ordnung dringend geboten ist. Sind diese speziellen Voraussetzungen nicht gegeben, darf eine solche Baute auch dann weiterhin für den bisherigen Zweck genutzt werden, wenn die geltende Parkplatzerstellungspflicht nicht erfüllt ist.

Vorliegend beabsichtigt die Bauherrschaft den vollständigen Abbruch des bestehenden Gebäudes. An dessen Stelle soll ein Neubau errichtet werden. Dieser Vorgang kommt der Erstellung einer neuen Baute gleich und ist aufgrund des Wortlautes von Art. 4 Abs. 2 BauG durch die Bestandesgarantie gedeckt. Aufgrund von Art. 58 Abs. 1 BauG wird jedoch bei Abbruch und Wiederaufbau bestandesgeschützter Bauten die Parkplatzerstellungspflicht ausgelöst, weil in Art. 58 Abs. 1 BauG kein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten solcher Bauten enthalten ist. Die ratio legis der Bestandesgarantie besteht nämlich darin, lediglich den Weiterbestand der Baute als solche in ihrer körperlichen Ausgestaltung sicherzustellen. Im Falle des Wiederaufbaus einer altrechtlichen Baute sind somit sämtliche neuen Vorschriften einzuhalten mit Ausnahme jener, die wie bspw. Längen- und Höhen- sowie Abstandsmasse einen Einfluss auf die körperliche Ausgestaltung einer Baute haben. Sofern die altrechtliche Baute zonenwidrig genutzt worden ist, ist zudem zu klären, ob die Weiterführung zu zonenwidrigen Zwecken allenfalls mit der Wahrung der öffentlichen Ordnung vereinbar ist. Demgegenüber sind - sofern nicht ausdrücklich ein entsprechender Vorbehalt gegeben ist - jene Vorschriften, die auf die körperliche Ausgestaltung der Baute - wie beispielsweise Umweltvorschriften - keinen Einfluss haben, einzuhalten. Eine solche Betrachtungsweise drängt sich nicht zuletzt auch deshalb auf, weil das Institut der Bestandesgarantie, da dieses eine Ausnahmeregelung darstellt, restriktiv zu handhaben ist. Hätte der Gesetzgeber beim Abbruch und Wiederaufbau sowie beim Umbau und einer Zweckänderung bestandesgeschützter Bauten die Parkplatzerstellungspflicht nicht eintreten lassen wollen, hätte er in Art. 58 Abs. 1 BauG ausdrücklich einen entsprechenden Vorbehalt zugunsten dieser Kategorie von Bauten anbringen müssen. Da die Parkplatzerstellungspflicht auf die körperliche Ausgestaltung der Baute keinen Einfluss hat, kommt diese vorliegend zum Tragen.

(...)

## **Art. 12 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (GS 725.300; EG WG)**

**Die Frage der Einfriedung eines öffentlichen Fuss- und Wanderweges ist nicht im Rahmen der Öffentlicherklärung, sondern erst bei der Erstellung des Fuss- und Wanderweges zu beurteilen**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 3.1. Der Rekurrent bestreitet die Recht- und Zweckmässigkeit des vorgesehenen Verlaufes des Fuss- und Wanderweges über seine Parzellen. Zur Begründung wird unter anderem auf die Gefahren für die Wanderer hingewiesen, welche von den frei auf der Weide gehaltenen Mutterkühen mit Kälbern und einem Stier ausgehen könnten. Er lehne jede Haftung und Verantwortung für allfällige Personenschäden ab.

Ob das Führen eines Wanderweges über eine Weide mit Ammenkuhhaltung mit besonderen Gefahren verbunden ist, kann in der jetzigen Planungsphase noch offen bleiben. Der Netzplan besagt lediglich, dass ein Weg über die Parzellen des Rekurrenten angelegt wird. Die Frage der Wegsicherung, von der eine allfällige konkrete Gefahr massgeblich abhängen wird, ist mit der Netzplanaufgabe nicht entschieden. Sie ist erst im Zusammenhang mit der Wegerstellung zu klären. Nach Art. 12 Abs. 2 EG FWG werden bei Fuss- und Wanderwegen die notwendigen Sicherungsmassnahmen in der Regel durch den Bezirk erstellt und unterhalten.

Der blosse Umstand, dass eine Ammenkuhhaltung betrieben wird, kann jedenfalls nicht dazu führen, dass von einer Wanderwegerstellung abgesehen werden muss. Es sind denn auch Sicherungsmassnahmen möglich, die ein relativ gefahrloses Betreten der Weide gewährleisten. Denkbar ist beispielsweise die Einzäunung des Wanderweges.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch der Grundeigentümer nach Art. 12 Abs. 1 EG FWG zum Schutz seiner eigenen Tiere jederzeit berechtigt ist, entlang eines öffentlichen Fuss- und Wanderweges, der über seinen Boden verläuft, Einfriedungen zu erstellen.

Ob bei einem durch ein Tier verursachten Schaden der Tierhalter oder aber der Bezirk haftbar ist, muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Nach Art. 56 des Obligationenrechts (OR) haftet der Tierhalter für einen von seinem Tier angerichteten Schaden, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat. Dieser Haftung kann sich der Rekurrent nicht entziehen. Eine Haftung des Bezirkes fällt dann in Betracht, wenn er die notwendigen Sicherungsmassnahmen am Wanderweg im Sinne von Art. 12 Abs. 2 EG FWG unterlassen hat.

(...)

Der Rekurs des Grundeigentümers gegen die Verfügung des Bezirkes betreffend Öffentlicherklärung des Fuss- und Wanderwegnetzplans wurde abgewiesen.

## Art. 307 und 315a ZGB

### Entzug der Obhut und Fremdplatzierung eines Kindes durch superprovisorische Verfügung der Vormundschaftsbehörde

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 2.1. Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern bzw. der Inhaber der elterlichen Sorge nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft laut Art. 307 Abs. 1 ZGB die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes. Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so muss die Vormundschaftsbehörde das Kind gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB den Eltern oder dem Inhaber der elterlichen Sorge wegnehmen und in angemessener Weise unterbringen. Eine Gefährdung des Kindeswohls liegt vor, sobald nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung der körperlichen, der sittlichen oder des geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen ist. Nicht erforderlich ist, dass diese Möglichkeit sich schon verwirklicht hat (vgl. dazu HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 3. Auflage, N. 27.14). Für die Anordnung eines Obhutsentzuges muss die Gefährdung des Kindes so ernst sein, dass sie nicht anders, das heisst weder durch geeignete Massnahmen nach Art. 307 ZGB noch durch die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB abgewendet werden kann. Die Ursache der Gefährdung muss darin liegen, dass das Kind unter elterlicher Obhut nicht in der für seine körperliche, geistige und sittliche Entwicklung nötigen Weise geschützt und gefördert wird (vgl. dazu HEGNAUER, a.a.O., N. 27.36).
- 2.2. Aufgrund der Aktenlage und der tatsächlichen Verhältnisse musste die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde Appenzell innerer Landesteil davon ausgehen, dass das Kindeswohl unter Umständen gefährdet sein könnte, wenn die Kinder nicht aus dem Umfeld der Mutter entfernt und fremdplatziert bzw. beim Vater untergebracht werden. So sind insbesondere die Schilderungen der Kinder über die häuslichen Verhältnisse der Mutter, die Auseinandersetzungen mit dem neuen Partner der Mutter, aber auch die klare Weigerung, in die Wohnung der Mutter zurückzukehren, sowie die Selbstmorddrohungen der Tochter Anzeichen genug, eine akute Gefährdung des Kindeswohls annehmen zu lassen. Ein sofortiger Obhutsentzug, verbunden mit der Unterbringung der Kinder beim Vater, ist somit vertretbar. Aufgrund sämtlicher Umstände erscheint demnach der Obhutsentzug und die Platzierung der Kinder beim Vater als Sofortmassnahme gerechtfertigt, weshalb der Präsidentin der Vormundschaftsbehörde Appenzell innerer Landesteil diesbezüglich kein Vorwurf gemacht werden kann. Da sie diese Massnahme im Rahmen einer superprovisorischen Verfügung erlassen hat, vermag der Vorwurf der Rekurrentin, verfahrensrechtliche Vorschriften seien verletzt, nicht durchzuschlagen. Es liegt in der Natur von superprovisorischen Verfügungen, dass sie rasch und schlagartig erlassen werden müssen, weshalb allenfalls Verfahrensgrundsätze, die im ordentlichen Verfahren strikte zu beachten sind, nicht berücksichtigt werden können. Superprovisorische Verfügungen dürfen umso eher in einem abgekürzten Verfahren erlassen werden, als sie nur vorläufige Geltung haben (vgl. dazu GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 581). Zu-

sammenfassend kann festgestellt werden, dass die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde Appenzell innerer Landesteil aufgrund der ihr bekannten Umstände und Vorfälle zu Recht die im Streite liegende superprovisorische Verfügung erlassen hat.

(...)

2.3.2. Die Ermächtigung zum Erlass einer superprovisorischen Verfügung richtet sich grundsätzlich nach von Art. 315a Abs. 1 ZGB, wonach das Gericht im Rahmen eines Eheschutzverfahrens auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen zu treffen und die Vormundschaftsbehörde mit deren Vollzug zu betrauen hat. Dabei können nach Art. 315a Abs. 2 ZGB bestehende Kindeschutzmassnahmen auch vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden. Laut Art. 315a Abs. 2 Ziff. 3 ZGB bleibt jedoch die Vormundschaftsbehörde befugt, die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 134 Abs. 1 ZGB zu beachten, welcher die Voraussetzungen und sachliche Zuständigkeit für die Abänderung von rechtskräftigen Scheidungsurteilen regelt. Gemäss dieser Vorschrift hat das Gericht auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Aufgrund der zitierten Vorschriften steht fest, dass nach Abschluss des eherechtlichen Verfahrens die grundsätzliche Zuständigkeit für Kindeschutzmassnahmen (wieder) bei den vormundschaftlichen Behörden liegt. Dies gilt jedoch für die Abänderung gerichtlicher Anordnungen nur beschränkt. So darf die Vormundschaftsbehörde nicht eine Umteilung der elterlichen Sorge dergestalt vornehmen, dass diese dem richterlich bestimmten Inhaber auf Dauer entzogen und dem anderen gegen den Willen des bisherigen Inhabers zugeteilt wird, weil dies eine Umgehung der Ordnung von Art. 134 Abs. 3 ZGB darstellen würde. Hingegen darf die Vormundschaftsbehörde bei entsprechenden Verhältnissen trotz richterlichem Sorgerechtsentzug die Kinder vorübergehend einem Elternteil zur Pflege und Erziehung überlassen (vgl. dazu BGE 112 II 216).

2.3.3. Aufgrund des Gesagten steht fest, dass die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde Appenzell innerer Landesteil lediglich befugt war, einen zeitlich beschränkten Obhutsentzug anzuordnen, was sie auch mit dem Erlass einer Superprovisorischen Verfügung getan hat. Diese Vorgehensweise ist durch Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB gedeckt. Für die definitive Regelung von Kindeschutzmassnahmen, das heisst für eine auf unbestimmte Zeit zugelegte Neuordnung der Obhut oder der elterlichen Sorge ist jedoch das Gericht zuständig.

(...)

Die Standeskommission hat festgestellt, dass die superprovisorische Verfügung nur von beschränkter Dauer sein kann. Den Parteien wurde eine Frist für die Einreichung einer Klage beim zuständigen Gericht eingeräumt. Der Rekurs gegen die superprovisorische Verfügung der Vormundschaftsbehörde wurde abgewiesen.

## Art. 703 Abs. 1 ZGB

### Bildung einer Zwangsgemeinschaft für den gemeinsamen Unterhalt eines öffentlichen Gewässers

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

2.1. Mit ihrem Rekurs machen die drei Rekurrenten sinngemäss geltend, im vorliegenden Fall seien die Voraussetzungen für die Gründung einer Flurgenossenschaft nicht erfüllt. Es ist somit im Folgenden zu prüfen, ob diese Einwände berechtigt sind.

3.1. Art. 703 Abs. 1 ZGB gestattet einer Mehrheit von Grundeigentümern, die Minderheit gegen ihren Willen zu zwingen, zu einem gemeinsamen Unternehmen, das für die Bodenbewirtschaftung von Vorteil ist und ohne die Mitwirkung aller im betreffenden Gebiet nicht realisiert werden kann, Hand zu bieten. Art. 703 ZGB, auf welchen sich das Gesetz über die Flurgenossenschaften abstützt, bildet die Rechtsgrundlage für die Einrichtung einer Zwangsgemeinschaft mehrerer Grundeigentümer zwecks Ermöglichung von Bodenverbesserungen. Das Interesse an der angestrebten Bodenverbesserung auf einer grösseren, zusammenhängenden Fläche wird in diesem Fall über das private Interesse des einzelnen Grundeigentümers an der uneingeschränkten Ausübung seiner verfassungsmässigen Eigentumsrechte gestellt. Die Einschränkung des Grundeigentums nach Art. 703 Abs. 1 ZGB ist aber ausdrücklich nur dann möglich, wenn die Bodenverbesserung einzig durch ein gemeinschaftliches Unternehmen aller Grundeigentümer in einem bestimmten Gebiet möglich ist.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Bodenverbesserungen im Sinne von Art. 703 ZGB Massnahmen oder Werke, die den Zweck haben, die Ertragsfähigkeit des Bodens zu erhalten oder zu steigern, seine Bewirtschaftung zu erleichtern oder ihn vor Verwüstung oder Zerstörung durch Naturereignisse zu schützen. Die Bodenverbesserungsmassnahme muss für die Gesamtheit der in eine zu gründende Flurgenossenschaft einzubeziehenden Flurgenossen einen Mehrwert bringen.

3.2. Mit ihrem Gesuch um Gründung einer "Bachgenossenschaft S" streben die Grundeigentümer die Verteilung der Kosten für den Uferunterhalt und für die bestehenden Uferverbauungen des Baches S nach dem Verursacherprinzip auf die anstossenden Parzellen und deren Eigentümer an.

Die Finanzierung des Unterhaltes der Bachverbauung ist nach Auffassung der Standeskommission keine Bodenverbesserungsmassnahme, die der Gesamtheit der einbezogenen Grundstücke dient. Die Massnahme bringt für diejenigen Grundeigentümer einen Vorteil, auf deren Boden die Uferschädigung eintritt bzw. die Uferverbauung steht, demgegenüber haben die weiter oben liegenden Grundstücke aus der beantragten gemeinsamen Finanzierung des Unterhaltes der Bachverbauung keine Vorteile.

3.3. Die Bildung einer Zwangsgemeinschaft sämtlicher Grundeigentümer entlang der S gemäss Art. 703 ZGB ist zur Erreichung der von den drei erwähnten

Grundeigentümern beantragten Verteilung der Kosten des Unterhaltes der Uferverbauungen der S ohnehin nicht zwingend erforderlich. Die S ist fraglos ein öffentliches Gewässer. Der Unterhalt öffentlicher Gewässer sowie die Erstellung oder Änderung von Schutzbauten in oder an öffentlichen Gewässern richten sich gemäss Art. 136 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) nach der Gesetzgebung über den Wasserbau. Das Wasserbaugesetz (WBauG) bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 2 den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers, insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen (Hochwasserschutz). Art. 12 Abs. 1 WBauG stipuliert eine Unterhaltspflicht der Anstösser eines öffentlichen Gewässers. Die Kosten des Gewässerunterhaltes können gestützt auf Art. 24 WBauG mit einem Perimeter auf die unterhaltspflichtigen Anstösser aufgeteilt werden, ohne dass es vorgängig der Gründung einer oder des Einbezuges in eine bestehende Zwangsgemeinschaft bedarf.

- 3.4. Im vorliegenden Fall müssen nach Auffassung der Standeskommission die Vorschriften der Wasserbaugesetzgebung zur Anwendung gelangen. Auf diesem Weg können die Anstösser der S kraft Gesetzes in einen Perimeter für die Kostenverteilung für Bau- oder Unterhaltsmassnahmen am Bachufer einbezogen werden. Es erscheint zweckmässig, dass die von Gesetzes wegen grundsätzlich für den Uferunterhalt zuständigen Anstösser eines öffentlichen Gewässers die Finanzierung der Unterhaltsmassnahmen auf dem Weg der Perimetrisierung gemäss Wasserbaugesetzgebung regeln.
4. Der mit der geplanten Gründung einer Flurgenossenschaft angestrebte Zweck kann auch durch die Anwendung der Bestimmungen der Wasserbaugesetzgebung erreicht werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Gründung einer Flurgenossenschaft im Sinne von Art. 703 ZGB nicht gegeben.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 844 vom 11. August 2008

### **Art. 31 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01; SVG) und Art. 3 Abs. 1 Verkehrsregelverordnung (SR 741.11; VRV)**

#### **Grobe Verletzung von Verkehrsregeln durch Fahren eines Motorrades auf dem Hinterrad**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 2.3.1. Gemäss Art. 31 Abs. 1 SVG muss der Führer ein Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann. Diese Vorschrift wird in Art. 3 Abs. 1 VRV in dem Sinne konkretisiert, dass der Fahrzeugführer seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuwenden muss. Aufgrund der zitierten Vorschriften muss der Lenker also in der Lage sein, auf die jeweils erforderliche Weise auf das Fahrzeug einzuwirken und auf jede Gefahr ohne Zeitverlust zweckmässig zu reagieren (BGE 120 IV 65).

Das Lenken eines Motorrades lediglich auf dem Hinterrad absorbiert die Konzentration des Führers allein darauf, den Vorderteil des Fahrzeuges in der Luft zu halten, wodurch er in der Zuwendung der Aufmerksamkeit auf den Verkehr und auf die Strasse zweifellos erheblich beeinträchtigt wird. Eine Fahrweise nur auf dem Hinterrad beansprucht die Konzentration des Lenkers derart, dass die Regel von Art. 31 Abs. 1 SVG und Art. 3 Abs. 1 VRV verletzt wird. An dieser Feststellung vermag auch der Hinweis des Rekurrenten nichts zu ändern, er beherrsche diese Fahrweise. Durch die ständige Konzentration des Lenkers auf das Hochhalten des Vorderrades werden die Bremsbereitschaft und die Aufmerksamkeit auf den Verkehr beträchtlich erschwert. Die sofortige Verfügbarkeit des Lenkers, auf gewöhnliche Vorfälle zu reagieren, ist nicht mehr gegeben. Insbesondere ist ein allfällig überraschend notwendiges Brems- oder Ausweichmanöver nicht mehr möglich, da zum einen die Bremsfähigkeit eines Motorrades bei der fraglichen Fahrweise eingeschränkt ist und zum anderen die Abbremsung des Fahrzeuges beeinträchtigt wird, da dieses zunächst lediglich mit dem Hinterrad und insgesamt weniger intensiv gebremst werden kann. Aufgrund von Art. 145 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS), wonach Motorräder mit zwei voneinander unabhängigen Betriebsbremsen versehen sein müssen, von denen eine auf das Vorderrad und die andere auf das Hinterrad wirkt, muss ein Motorrad gleichzeitig sowohl mit dem Vorderrad als auch mit dem Hinterrad abgebremst werden können. Bei der zur Diskussion stehenden Fahrweise ist demnach die laut Art. 145 Abs. 1 VTS verlangte Bremswirkung zumindest vorübergehend nicht möglich. Im Weiteren ist bei einer Fahrt nur auf dem Hinterrad auch die freie Bewegung des Kopfes des Lenkers wegen dessen Konzentration auf die Balance für notwendige Seitenblicke nicht gegeben. Ausserdem ist - da sich der vordere Teil des Motorrades in der Luft befindet - ein Blick in den gemäss Art. 143 Abs. 1 VTS auch bei Motorrädern vorgeschriebenen Rückspiegel nicht möglich. Der Lenker ist also nicht in der Lage, das rückwärtige Verkehrsgeschehen genügend zu beobachten. Schliesslich gilt es zu bedenken, dass sich bei einer derartigen Fahrweise das Motorrad auch nicht mehr in dem Sinne lenken lässt, dass der Lenker allfälligen Hindernissen rechtzeitig ausweichen könnte.

(...)

**Art. 31 Abs. 1, Art. 34 Abs. 4 Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01, SVG) und Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Verkehrsregelverordnung (SR 741.11, VRV)**

**Ausreichender Abstand beim Hintereinanderfahren in einer Kolonne**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 2.3.1. Aus den Akten der Kantonspolizei geht hervor, dass der Rekurrent (innerorts in einer Kolonne) einen Abstand von rund 10 m gegenüber dem voranfahrenden Fahrzeug einhielt und mit rund 50 km/h unterwegs war. Als der Rekurrent bemerkte, dass dieses stark abbremste, leitete er eine Vollbremsung ein. Da diese zu spät erfolgte, wurde das Fahrzeug, mit welchem der Rekurrent zusammenstiess, 1 bis 2 m nach vorne gedrückt und beschädigt. Zudem wurde die Lenkerin des vorderen Fahrzeuges verletzt.
- 2.3.2. Gestützt auf Art. 31 Abs. 1 SVG muss der Führer das Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann. Er muss laut Art. 3 Abs. 1 der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 (VRV) seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuwenden. Er muss jederzeit in der Lage sein, auf die jeweils erforderliche Weise auf das Fahrzeug einzuwirken und auf jede Gefahr ohne Zeitverlust zweckmässig zu reagieren. Das Mass der Aufmerksamkeit, das vom Fahrzeuglenker verlangt wird, richtet sich nach den gesamten Umständen, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den voraussehbaren Gefahrenquellen (vgl. dazu BGE 127 III 303 und dort aufgeführte weitere Bundesgerichtsentscheide).

Aufgrund von Art. 34 Abs. 4 SVG ist gegenüber allen Strassenbenützern ein ausreichender Abstand zu wahren, namentlich beim Kreuzen und Überholen sowie beim Neben- und Hintereinanderfahren. Nach Art. 12 Abs. 1 VRV hat der Fahrzeugführer beim Hintereinanderfahren einen ausreichenden Abstand in der Weise zu wahren, dass er auch bei überraschendem Bremsen des voranfahrenden Fahrzeuges rechtzeitig halten kann. Was unter einem ausreichenden Abstand im Sinne von Art. 34 Abs. 4 SVG und Art. 12 Abs. 1 VRV zu verstehen ist, hängt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes von den gesamten Umständen ab. Dazu gehören unter anderem die Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnisse sowie die Beschaffenheit der beteiligten Fahrzeuge. Der Sinn der Verkehrsregel betreffend ausreichenden Abstand beim Hintereinanderfahren besteht in erster Linie darin, dass der Fahrzeuglenker auch bei überraschendem Bremsen des voranfahrenden Fahrzeuges rechtzeitig hinter diesem halten kann (vgl. dazu BGE 131 IV 135 E. 3.1). Da im Bereich von Ortschaften erfahrungsgemäss mit Suchverkehr und Abbiegemanövern und somit mit Bremsmanövern von Motorfahrzeugen zu rechnen ist, ist in Ortschaften einem genügenden Abstand zum vorderen Fahrzeug besonderes Augenmerk zu schenken.

Der Rekurrent hat innerorts und im Kolonnenverkehr einen Abstand von 10 m eingehalten. Dies entspricht bei einem Tempo von 50 km/h einem zeitlichen Abstand von 0.7 Sekunden. Dies ist deutlich zu wenig, zumal allein die Reaktionszeit bei einem durchschnittlichen Fahrer etwa eine Sekunde beträgt. Dass

die Situation beim Aufprall nicht mehr völlig ungefährlich war, zeigt der Umstand, dass das vorgehende Fahrzeug um 1 bis 2 m nach vorne gedrückt wurde und die Lenkerin eine Verletzung erlitt.

Da im vorliegenden Fall aber kein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten des Rekurrenten gegeben ist, ist von einer mittelschweren Widerhandlung auszugehen, was denn auch in der Strafverfügung zum Ausdruck kommt, gemäss welcher der Rekurrent in Anwendung von Art. 90 Ziff. 1 SVG verurteilt worden ist. Die Standeskommission hat keine Veranlassung von dieser Einschätzung abzuweichen. Zusammenfassend ist vorliegend im Einklang mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. dazu T 0/2 1C 75/2007) das zur Diskussion stehende Verhalten des Rekurrenten als mittelschwere Widerhandlung im Sinne von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG zu qualifizieren, weshalb der Führerausweis nach Abs. 2 lit. a des gleichen Artikels mindestens für einen Monat zu entziehen ist.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 704 vom 24. Juni 2008

## **Art. 19 Bundesgesetz über die Raumplanung (SR 700; RPG) und Art. 49 Abs. 1 Baugesetz (GS 700.000; BauG)**

### **Erschliessungsanforderungen für die Überbauung einer Bauparzelle**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

- 3.1. Im vorliegenden Fall ist vorerst zu prüfen, ob die Parz. Nr. P. verkehrsmässig genügend erschlossen ist. Bei der Beurteilung dieser Problematik ist von Art. 22 Abs. 1 RPG auszugehen, wonach Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung erstellt werden dürfen. Voraussetzung einer Bewilligung ist nach Abs. 2 lit. d des gleichen Artikels unter anderem, dass das Land erschlossen ist. Laut Art. 19 Abs. 1 RPG ist Land dann erschlossen, wenn für die betreffende Nutzung eine hinreichende Zufahrt auf einer öffentlich zugänglichen Strasse besteht. Neben diesen rein tatsächlichen Voraussetzungen für eine genügende Zufahrt bedarf es zusätzlich der rechtlichen Sicherstellung der Zufahrt, z.B. - sofern kein öffentlich-rechtliches Fahrrecht besteht - durch einen entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag (vgl. dazu EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, N. 12 und 14 zu Art. 19). Mit dieser bundesrechtlichen Vorschrift steht denn auch Art. 49 Abs. 1 des Baugesetzes vom 28. April 1985 (BauG) im Einklang, gemäss welchem Bauten nur auf baureifem Land errichtet werden dürfen. Nach Art. 49 Abs. 2 lit. b BauG ist ein Grundstück dann baureif, wenn es über die erforderliche Zufahrt verfügt. Die zitierten Vorschriften verfolgen planerische sowie feuer-, gesundheits- und verkehrspolizeiliche Ziele. Von dieser Zielsetzung ausgehend ist eine Zufahrt dann als hinreichend zu betrachten, wenn sie so beschaffen ist, dass sie bau- und verkehrstechnisch der geplanten Überbauung genügt, den zu erwartenden Fahrzeugen und Fussgängern einen sicheren Weg bietet und von den öffentlichen Diensten (namentlich Feuerwehr, Sa-

nität, Kehrrihtabfuhr und Schneeräumung) ungehindert benutzt werden kann. Eine Zufahrt im Sinne der erwähnten Gesetzesbestimmungen muss in technischer Hinsicht also derart ausgestaltet sein, dass sie im Interesse des öffentlichen Verkehrsflusses übersichtlich und verkehrssicher ist und insbesondere keine polizeiwidrigen Zustände schafft (vgl. dazu EJPD/BRP, a.a.O., N. 12 und 13 zu Art. 19).

- 3.2. Eine Zufahrt muss daher Kriterien wie Übersichtlichkeit, ausreichende Breite und genügende Fläche für die Verkehrsteilnehmer, gefahrloses Kreuzen von Motorfahrzeugen (auf der ganzen Strecke oder zumindest an zweckmässig angelegten Kreuzungsstellen) sowie ganzjährige Befahrbarkeit für Fahrzeuge inkl. jener der öffentlichen Dienste genügen.
- 3.3. Da im vorliegenden Fall der Grundeigentümerschaft lediglich ein Zufahrtsrecht mit einer Breite von 2.5 m zusteht, ist die Parzelle rechtlich ungenügend erschlossen. Die gewünschte Überbauung konnte daher nicht bewilligt werden. Der Rekurs der Grundeigentümerschaft gegen die ablehnende Verfügung der Baubehörde musste abgewiesen werden.

(...)

## 2. Gerichte

### **Privatrechtliche Baueinsprache wegen übermässiger Lärmimmissionen eines Beachvolleyballplatzes (Art. 684 ZGB)**

**Beachvolleyballfelder können im öffentlichen Interesse liegen, müssen aber nicht eine zwingende öffentliche Aufgabe darstellen. Die Störwirkung von Sportgeräuschen ist grundsätzlich schwierig festzustellen. Beachvolleyballplätze sind nicht übermässig lärmintensiv und verursachen grundsätzlich keine erhebliche Störung des Wohlbefindens der Nachbarinnen und Nachbarn.**

(...)

4. In der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, wo die drei Beachvolleyballfelder geplant sind, dürfen nach Art. 21 Abs. 1 des Baugesetzes (BauG) nur Bauten errichtet werden, die im öffentlichen Interesse liegen. Gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. c BauG gelten unter anderem Sportplätze als im öffentlichen Interesse liegend. Gemäss Art. 21 Abs. 3 BauG bleibt die Nutzung der Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen öffentlichrechtlichen Körperschaften vorbehalten sowie privatrechtlichen Institutionen, die vom öffentlichen Recht des Kantons anerkannt sind. Gemäss dem Grossratsbeschluss vom 24. Februar 1997 über die Anerkennung privatrechtlicher Institutionen kann die Kantonsregierung privatrechtlichen Institutionen die öffentlichrechtliche Anerkennung im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BauG erteilen, wenn sie Bauten errichten, die ausschliesslich kulturellen oder gemeinnützigen Zwecken dienen. Durch die Überlassung des Areals hat die Kantonsregierung zumindest implizit den Berufungsbeklagten in diesem Sinne anerkannt. Damit ist das Argument der Berufungskläger, es sei unzulässig, dass ein privater Verein Träger einer Sportanlage in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sei, nicht zu hören.
  
5. Zu prüfen ist zunächst, ob mit der geplanten Anlage eine zwingende öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll. Eine Einschränkung der Anwendbarkeit des Bundeszivilrechts ergibt sich nämlich insbesondere aus der Zugehörigkeit einer Sache zum Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens. Eine solche Zugehörigkeit schliesst nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung die Anwendbarkeit des Zivilrechts allerdings nicht von vornherein völlig aus. Die Gegenstände des Verwaltungsvermögens bleiben vielmehr dem Zivilrecht unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt (BGE 132 III 49 Erw. 2.3 S. 52). Dies bedeutet, dass die Zweckbestimmung durch die Anwendung von Zivilrecht nicht beeinträchtigt werden darf; das Gemeinwesen soll nicht durch zivilrechtliche Abwehransprüche in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben behindert werden. Immissionen aus Grundstücken des Verwaltungsvermögens sind deshalb hinzunehmen, wenn sie unausweichliche Folge ihrer Zweckbestimmung sind (BGE 132 III 49 Erw. 2.3 S. 52). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten etwa die vom Schienen- und Strassenverkehr ausgehenden Lärmimmissionen dann als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB, wenn sie für den Grundeigentümer nicht voraussehbar waren, ihn in spezieller Weise treffen und einen schweren Schaden verursachen (BGE 132 III 49 Erw. 2.3 S. 53; BGE 118 Ib 203 Erw. 8c S. 205). Nach Ansicht des Bundesgerichts lässt sich diese Rechtsprechung, die mit dem erheblichen öffentlichen Interesse am Strassen- und

Schienenverkehr begründet wurde, jedoch nicht unbesehen auf das übrige Verwaltungsvermögen und auch nicht ohne weiteres auf andere Nutzungen von Strassen und Plätzen im Gemeingebrauch übertragen.

Werden übermässige Immissionen öffentlicher Anlagen als unausweichliche Folge der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und daher als unvermeidbar oder nur unverhältnismässig schwer vermeidbar angesehen, können die Abwehransprüche der Nachbarn enteignet werden. Die betroffenen Nachbarn müssen diese Einwirkungen dulden, können aber einen Schadenersatzanspruch im Enteignungsverfahren geltend machen (RYFFEL, Privatrechtlicher Immissionsschutz gemäss Art. 684/679 ZGB gegen Geräuschimmissionen von Sportanlagen, Zürich 2001, S. 117 f.). Nach Art. 45 Abs. 1 lit. b BauG ist das Enteignungsrecht erteilt für Land, das in der Zone für öffentliche Bauten rechtskräftig eingeteilt wurde. Das Verfahren richtet sich nach dem kantonalen Enteignungsgesetz (Art. 45 Abs. 2 BauG). Nach Art. 16 EntG ist das Verfahren bei der Kantonsregierung einzureichen. Stellt das angerufene Zivilgericht in einem solchen Fall eine übermässige Einwirkung fest, kann es die Klage nicht gutheissen, sondern muss das Verfahren gestützt auf Art. 46 GOG an die Kantonsregierung zur Einleitung des Enteignungsverfahrens überweisen.

Fehlen die genannten Voraussetzungen, sind die Immissionen nach den privatrechtlichen Vorschriften zu beurteilen (RYFFEL, a.a.O., S. 118 m.Hinw.). Das Gericht ist vorliegend der Ansicht, dass die geplanten Beachvolleyballfelder zwar im öffentlichen Interesse liegen, nicht aber eine zwingende öffentliche Aufgabe darstellen, auch wenn zum Beispiel der Schulsport in den Betrieb der Anlage integriert werden soll. Aus diesem Grund müssen die genannten drei kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die Übermässigkeit der Immissionen nicht geprüft werden, wobei anzumerken bleibt, dass die Berufungskläger wohl schon deshalb scheitern würden, weil sie als am weitesten von den Beachvolleyballfeldern entfernt wohnende direkte Nachbarn nicht in spezieller Weise getroffen wären.

Somit muss auch nicht geprüft werden, ob die Parzelle, auf der die Beachvolleyballfelder erstellt werden sollen, Finanz- oder Verwaltungsvermögen ist. Auf Immissionen von Grundstücken im Finanzvermögen sind die Normen des Privatrechts uneingeschränkt anwendbar (REY, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2007, N 37 zu Art. 684 ZGB); beim Verwaltungsvermögen ist dies der Fall, wenn die davon ausgehenden Immissionen nicht unausweichliche Folge der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind (REY, a.a.O., N 38 zu Art. 684; WIEGAND, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2007, N 87 zu Art. 641).

6. Nach Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, sich bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung. Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

Aktivlegitimiert für eine Klage nach Art. 679 in Verbindung mit Art. 684 ZGB ist entgegen dem Wortlaut von Art. 684 ZGB nicht nur der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, sondern auch ein Mieter desselben (REY, a.a.O., N 20 zu Art. 684, N 23 zu Art. 679 m.Hinw.).

Nach dem Wortlaut von Art. 679 ZGB fallen als Haftpflichtige nur die Eigentümer von Grundstücken in Betracht. In Rechtsprechung und Lehre wurden indessen schon früh auch Inhaber beschränkter dinglicher Rechte als passivlegitimiert bezeichnet (vgl. z.B. BGE 88 II 264). Die Haftung gemäss Art. 679 ZGB wird ausgelöst durch eine Schädigung (oder drohende Schädigung) infolge Überschreitung der dem Grundeigentümer von der Rechtsordnung gezogenen Schranken, die namentlich im Nachbarrecht (Art. 684 ff. ZGB) umschrieben sind. Die Beeinträchtigung der Rechte der Nachbarn muss demnach auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück, d.h. auf dessen Bewirtschaftung oder sonstige Benützung, zurückgehen. Anknüpfungspunkt ist somit nicht das formale Kriterium des Eigentums (BGE 104 II 15 Erw. 2 S. 20).

Die tatsächliche Herrschaft kann nicht nur der Eigentümer des Grundstückes ausüben, sondern auch ein unselbständiger Besitzer, der dieses zu einem beschränkten dinglichen oder zu einem persönlichen Recht zugewiesen erhalten hat (Art. 919 und 920 ZGB), beispielsweise der Nutzniesser oder der Pächter. Ein solcher Besitzer hat gegenüber den Nachbarn keinen grösseren Duldungsanspruch als der Eigentümer. Er unterliegt den Regeln des Nachbarrechts genauso wie dieser. Ist aber im nachbarrechtlichen Verhältnis der blosser Besitzer mit Bezug auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück dem Eigentümer gleichgestellt, rechtfertigt es sich, ihn auch hinsichtlich der Haftung aus Art. 679 ZGB nicht anders zu behandeln (BGE 104 II 15 Erw. 2 S. 20). Einen sachlichen Grund, die Passivlegitimation nur auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts auszudehnen, gibt es nicht. Die Wirkungen des Besitzes, der für die Haftung massgebende Beziehung zum Grundstück, gegenüber Dritten sind nicht von der Art des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses abhängig. Es ist deshalb nach Ansicht des Bundesgerichts folgewidrig, nebst dem Eigentümer nur Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts zu den möglichen Passivlegitimierten zu zählen mit der Begründung, der Ausnahmeharakter von Art. 679 ZGB erlaube nicht, über diese hinaus einen weiteren Personenkreis der strengen Kausalhaftung zu unterwerfen. Entscheidend für die Frage der Passivlegitimation ist einzig das Verhältnis zum Nachbarn; Art und Umfang des vom Eigentümer übertragenen Rechts sind unerheblich.

Dem Berufungsbeklagten wurde von der Kantonsregierung ein Nutzungsrecht für zehn Jahre an der Parzelle verliehen. Er ist somit im vorliegenden Verfahren passivlegitimiert. Der Betreiber einer Sportanlage ist auch dann passivlegitimiert, wenn die Geräuschmissionen nicht unmittelbar auf sein eigenes Verhalten zurückzuführen sind bzw. sein werden (RYFFEL, a.a.O., S. 123). Die Spielerinnen, Spieler, Zuschauerinnen und Zuschauer sind nämlich grundsätzlich nicht passivlegitimiert (RYFFEL, a.a.O., S. 125 f.). Bei einer Präventivklage nach Art. 679 in Verbindung mit Art. 684 ZGB ist ihre Identität in aller Regel ja ohnehin noch nicht bekannt.

Die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte und nicht der Kanton (als Eigentümer) im Baubewilligungsverfahren als Gesuchsteller auftritt, ist auch für den öffentlich-rechtlichen Teil des Verfahrens unerheblich. Berechtigt zur Stellung ei-

nes Baugesuchs ist der Bauherr, auch wenn er nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Wenn eine Drittperson das Baugesuch einreicht, muss in der Regel die schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers beigelegt werden, um den Baubehörden unnötige Amtshandlungen zu ersparen, aber auch um kein Verfahren zu ermöglichen, das die Eigentumsrechte Dritter zu verletzen geeignet ist. Bauherr ist in jedem Fall der Baugesuchsteller und nicht der Grundeigentümer (HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 314 m.Hinw.).

7. In extensiver, über Wortlaut und Materialien hinausgehender, der ratio legis aber durchaus gerecht werdender Interpretation gewähren Lehre und Rechtsprechung den mit Schaden erst bedrohten Nachbarinnen und Nachbarn nicht nur dann Schutz, wenn eine Eigentumsüberschreitung schon passiert ist, sondern schon dann, wenn sie erst bevorsteht. Für eine Präventivklage zur Verhinderung drohender Immissionen wird allerdings eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit derselben verlangt (BGE 84 II 85 Erw. 2 S. 86: "höchste Wahrscheinlichkeit"; REY, a.a.O., N 18 zu Art. 679: "hohe Wahrscheinlichkeit"; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bern 1964, N 111 zu Art. 679 ZGB: "höchster Grad von Wahrscheinlichkeit, aufgrund dessen nach dem objektiven Massstab allgemeiner Lebenserfahrung im gewöhnlichen Lauf der Dinge von einer wenn auch nur relativen Sicherheit gesprochen werden kann"; vgl. auch RYFFEL, a.a.O., S. 184; URP 1989, S. 32; im öffentlichen Recht RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 136 B V: "höchste Wahrscheinlichkeit").
8. Die Einwirkungen müssen für die Gutheissung einer Klage übermässig sein. Art. 684 ZGB bedeutet eine Duldungspflicht für mässige Einwirkungen, auch wenn diese als störend empfunden werden (REY, a.a.O., N 1 zu Art. 684 ZGB). Es wird ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Nachbarn und den Immissionen verlangt (REY, a.a.O., N 5 zu Art. 684 ZGB). Bei der Beurteilung hat das Gericht weites Ermessen; es muss ein objektiver Massstab angelegt werden (REY, a.a.O., N 8 f. zu Art. 684 ZGB). Kriterien für die Beurteilung der Übermässigkeit einer Immission sind Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Ortsgebrauch (REY, a.a.O., N 12 zu Art. 684 ZGB). Ein Verschulden des Immittenten ist nicht verlangt (MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bern 1975, N 202 zu Art. 684 ZGB). Die notwendige Prognose ist naturgemäss stets fehleranfällig; es muss eine umfassende, objektive Abwägung der gegenläufigen Interessen vorgenommen werden. Art. 684 ZGB bezweckt nämlich in erster Linie die Herstellung nachbarlichen Interessenausgleichs. Soziale Interessen, z.B. die Förderung des Jugendsports, können berücksichtigt werden (RYFFEL, a.a.O., S. 129).

Der privatrechtliche und der öffentlichrechtliche Immissionsschutz stehen grundsätzlich selbständig nebeneinander (BGE 126 III 223 Erw. 3c S. 225; MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 261 ff. zu Art. 684). Dennoch bestehen zwischen den beiden Regelungen Berührungspunkte und Überschneidungen. Insbesondere wenn das nach Lage, Beschaffenheit und Ortsgebrauch gerechtfertigte und zu duldende Mass von Einwirkungen zu ermitteln ist, können öffentlichrechtliche Vorschriften eine Rolle spielen (Bau- und Zonenvorschriften, Normen betreffend Lärmschutz, Luftreinhaltung, Strahlen und Erschütterung). Diese gehen allerdings von anderen Referenzgrössen aus (Berücksichtigung von Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit im Umweltschutzrecht [Art. 13 Abs. 2 USG]

gegenüber dem Massstab des Durchschnittsmenschen im Privatrecht [BGE 119 II 411 Erw. 4c S. 416]), legen allgemeine Standards fest im Gegensatz zur rein einzelfallbezogenen Beurteilung des Privatrechts und schützen auch nicht so umfassend vor Immissionen wie dieses (z.B. kein Schutz vor ideellen Immissionen). Demgegenüber ist dem Privatrecht das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip (Art. 11 Abs. 2 USG) unbekannt. Derartigen Unterschieden ist Rechnung zu tragen, was ein Abstellen auf das öffentlichrechtlich Zulässige im Rahmen des privatrechtlichen Immissionsschutzes nicht von vornherein zwingend erscheinen lässt.

Dennoch verlangt das allgemeine Gebot der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung den sachgerechten Einbezug von und die möglichst weitgehende Rücksichtnahme auf Normen anderer Rechtsgebiete zum gleichen Gegenstand. Die rechtsanwendenden Behörden haben in diesem Sinn auf eine Harmonisierung des Immissionsschutzes hinzuwirken (BGE 126 III 223 Erw. 3c S. 226; RASELLI, *Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes*, URP 1997, S. S. 284 ff.; AUER, *Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz*, Zürich 1997, S. 17, 30 ff., 50 ff. und 94 ff., je m.Hinw.). Namentlich im Zusammenhang mit Lärmimmissionen, für welche die Anhänge zur Lärmschutzverordnung Belastungsgrenzwerte festschreiben, sind bei der Beurteilung des privatrechtlich zu duldbaren Masses die öffentlichrechtlichen Belastungsgrenzwerte heranzuziehen (BGE 126 III 223 Erw. 3c S. 226; REY, a.a.O., N 42 zu Art. 684; URP 1997 S. 152; RASELLI, a.a.O., S. 290 f.; HEER, *St.Gallisches Bau- und Planungsrecht*, Bern 2003, N 959).

9. Die Beurteilung der Störwirkung von Lärm hängt ab von der Höhe des Schallpegels, der Häufigkeit und der Dauer sowie der Tageszeit des Lärms (RYFFEL, a.a.O., S. 43 f.; BGE 123 II 325 Erw. 4d bb S. 335). Der privatrechtliche Immissionsschutz sanktioniert nicht nur Beeinträchtigungen durch den Betrieb ortsfester Anlagen oder die Bewirtschaftung des Bodens, sondern jede Immission, die als Folge der Grundstücknutzung erscheint (RYFFEL, a.a.O., S. 55). Die Störwirkung von Sportgeräuschen ist schwierig festzustellen; es gibt stets messtechnische Unsicherheiten, weshalb die von den Berufungsklägern verlangte Lärmexpertise wohl kaum genügend Aufschlüsse geben könnte (vgl. zu den Schwierigkeiten der Messung von Sportgeräuschen RYFFEL, a.a.O., S. 64 und 142). Es ist in der Schweiz noch kein allgemeingültiges Messverfahren für Sportlärm bekannt; der Mittelungspegel in Anhang 6 der Lärmschutzverordnung könnte die nach Art und Stärke beim Sport unterschiedlich auftretenden menschlichen Geräusche kaum angemessen erfassen, weil es eine Grundbelastung bei Sportanlagen in der Regel nicht gibt (vgl. BGE 123 II 325 Erw. 4d aa S. 333; RYFFEL, a.a.O., S. 67).

Bei einer Sportanlage sind Zahl der Sportler, Betriebszeiten, Grösse der Anlage, charakteristische Betriebsnutzung und Auslastung wichtige Kriterien (RYFFEL, a.a.O., S. 135, 143, 150). Je kürzer die Nutzungszeit ist, desto höher darf die Lästigkeitsgrenze angesetzt sein (RYFFEL, a.a.O., S. 137). Von 22.00 Uhr bis 07.00 Uhr gilt Nachtruhe als empfindliche Zeit; Sonn- und Feiertage gelten am Morgen als Zeiten mit erhöhter Lärmempfindlichkeit (RYFFEL, a.a.O., S. 140 f.). Zeitliche Beschränkungen sollen dabei einem totalen Verbot vorgehen (RYFFEL, a.a.O., S. 191).

Ein direktes Abstellen auf den Anhang zur Lärmschutzverordnung ist nicht möglich, da dieser ausser für Schiess- und Motorsportanlagen keine Belastungsgrenzwerte für Sportgeräusche enthält. Das Bundesgericht erachtet in BGE 133 II 292 die Anlehnung an die deutsche Sportanlagenlärmschutzverordnung im öffentlichrechtlichen Bewilligungsverfahren grundsätzlich als möglich, weil in der Schweizer Lärmschutzverordnung die Belastungsgrenzwerte fehlen, lässt aber das Abstellen auf die richterliche Erfahrung nach wie vor zu, die in früheren Entscheiden beim Fehlen einer wissenschaftlichen Ermittlungsmethode von ihm als massgebend angesehen wurde (z.B. BGE 123 II 325). Zu beachten ist bei der deutschen Sportanlagenlärmschutzverordnung, dass das deutsche Recht die Störfunktion an sich nicht messbarer Faktoren mit einem Korrekturzuschlag von einer bestimmten Anzahl dB(A) auf die technisch ermittelten Werte erfasst. Das deutsche System birgt daher die Gefahr, Sportgeräusche zu starr zu beurteilen. Hinzu kommt, dass die Sportanlagenlärmschutzverordnung Ruhezeiten kennt (an Werktagen morgens von 06.00 bis 08.00 Uhr und abends von 20.00 bis 22.00 Uhr; an Sonn- und Feiertagen von 07.00 bis 09.00 Uhr, von 13.00 bis 15.00 Uhr und von 20.00 bis 22.00 Uhr [§ 2 Abs. 5]), die dem schweizerischen System grundsätzlich fremd sind. Das angerufene Gericht stützt sich daher auf seine eigene Erfahrung und zieht die Sportanlagenlärmschutzverordnung nicht zur Entscheidungsfindung bei.

10. Die Ordnungsfunktion der öffentlichen Raumplanung würde vereitelt, wenn das Zivilrecht sich über die Zonenpläne einfach hinwegsetzen könnte und die Übermässigkeit allein aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse bestimmen wollte (GLAVAS, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, Zürich 1984, S. 68). Wenn detaillierte Bau- und Zonenordnungen vorliegen und die Abstandsvorschriften eingehalten werden, ist eine Übermässigkeit von Immissionen aus diesem Grund in der Regel zu verneinen (REY, a.a.O., N 12a zu 684). Im privatrechtlichen Schutzverfahren ist, wie der Berufungsbeklagte zu Recht vorbringt, insbesondere kein Raum für die Änderung der Nutzungszonen und der rechtskräftig den Nutzungszonen zugeordneten Empfindlichkeitsstufen (URP 1997, S. 152; RYFFEL, a.a.O., S. 85 Fn. 549; GLAVAS, a.a.O., S. 134; RASELLI, a.a.O., S. 290). Bei unterschiedlichen aneinandergrenzenden Zonen ist für die Lärmbeurteilung die empfindlichere Zone massgebend (RYFFEL, a.a.O., S. 91; RASELLI, a.a.O., S. 288 f.; GVP 1979, S. 10; vgl. auch Art. 50 Abs. 1 BauG).

Die Kantone werden in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 ZGB). Das kantonale öffentliche Recht darf zwar nicht Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts widersprechen oder gar dessen Anwendung vereiteln, es verfügt jedoch über expansive Kraft und bestimmt mittels Bauordnung und Zonenplan mehr und mehr, was nach Lage und Ortsgebrauch an Einwirkungen zulässig ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts legen Zonenordnungen und Baureglemente die Lage der Grundstücke und den Ortsgebrauch im Sinne von Art. 684 ZGB nicht vollkommen verbindlich fest (BGE 129 III 161 Erw. 2.6 S. 165; vgl. auch MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 112 zu Art. 684). Allerdings bildet das öffentliche Baurecht einerseits ein Indiz für den Ortsgebrauch (vgl. BGE 126 III 223 Erw. 3c S. 225; MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 113 zu Art. 684; AUER, a.a.O., S. 15), und andererseits ist es bei der Anwendung von Art. 684 ZGB insofern zu berücksichtigen, als die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht wie gezeigt verbietet (BGE 126 III 223 Erw. 3c S. 226; RASELLI, a.a.O., S. 284 ff.;

HÄNNI, a.a.O., S. 493). Art. 6 Abs. 1 ZGB stellt in diesem Sinn nicht nur einen unechten Vorbehalt zugunsten der Kantone dar, sondern verpflichtet auch zur Harmonisierung von Bundeszivil- und kantonalem öffentlichem Recht.

Freilich ist nicht zu verkennen, dass die Ausweitung des öffentlichen Baurechts tendenziell auf Kosten des privatrechtlichen Immissionsschutzes gehen kann. Dies ist jedoch insoweit sachlich gerechtfertigt und hinzunehmen, als man es mit detaillierten Zonenordnungen und Baureglementen zu tun hat. Nur diese vermögen dem übergeordneten Ziel der Raumplanung und dabei insbesondere dem Grundsatz der rationalen, das ganze Siedlungsgebiet umfassenden Planung (vgl. Art. 3 RPG) zu genügen. Wird daher das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB mit dem Argument verneint, das Bauvorhaben entspreche den massgebenden öffentlichrechtlichen Normen, und handelt es sich dabei um Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung unter Mitwirkung des Soveräns erlassen worden sind, bedeutet das in aller Regel nach Ansicht des Bundesgerichts keine Vereitelung von Bundesrecht (vgl. z.B. BGE 129 III 161 Erw. 2.6 S. 166).

11. Die drei Beachvolleyballfelder sind in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen geplant, das Haus der Berufungskläger befindet sich in der Zone W2 (zweigeschossige Wohnbauten). In beiden Zonen gilt die Lärmempfindlichkeitsstufe II (vgl. Art. 43 Abs. 1 lit. d LSV). In der dem Gericht bekannten Umgebung der geplanten Beachvolleyballfelder befinden sich ein Kindergarten mit Aussenspielplatz, ein Hallenbad und eine Jugendunterkunft. Jenseits des an der westlichen Grenze vorbeifliessenden Flusses befindet sich ein Fussballplatz. (...) Aufgrund der öffentlichrechtlichen Zonenordnung ist ersichtlich, dass die geplante Sportanlage zonenkonform ist und dem generellen Ortsgebrauch entspricht.

Ausser den Berufungsklägern haben alle anderen Nachbarinnen und Nachbarn keine Einsprache gegen das Bauprojekt des Berufungsbeklagten erhoben und insbesondere auch nicht Art. 684 ZGB angerufen. Dies ist als weiteres Merkmal zu werten, dass die zu erwartenden Lärmimmissionen aus dem Trainings- und Spielbetrieb als ortsüblich und objektiv nach dem Empfinden einer Durchschnittsperson nicht übermässig anzusehen sind. Die Berufungskläger wohnen am weitesten entfernt von den geplanten Beachvolleyballfeldern, während die anderen Nachbarinnen und Nachbarn Eigentum auf gleicher Höhe wie die geplanten Beachvolleyballfelder haben und von allfälligen Lärmimmissionen mehr betroffen sind als die Berufungskläger, deren Wohnhaus gut 30 Meter vom nächstgelegenen Punkt der geplanten Anlage (Ecke Ballnetz) entfernt liegt.

In der Umgebung der Berufungskläger gibt es im Sinne des konkreten Ortsgebrauchs immer wieder Lärmimmissionen, die dem Gericht aus eigener Anschauung bekannt sind. Es gibt regelmässig Lärm von Kindern aus dem Kindergarten, dem Hallenbad und der Jugendunterkunft, und zwar beim Hallenbad und bei der Jugendunterkunft auch ausserhalb der Unterrichtszeiten und am Abend. Auf der Wiese, auf der die Beachvolleyballfelder geplant sind, fanden in der Vergangenheit unbestrittenermassen Trainingseinheiten von Fussball-Juniorenmannschaften mit dem Beachvolleyball vergleichbaren Lärmimmissionen statt. Lärmimmissionen entstehen auch auf dem etwas weiter entfernten Fussballplatz, der für den Trainings- und Spielbetrieb am Abend und am Wo-

chenende benützt wird, wobei an den Spielen stets etliche Zuschauerinnen und Zuschauer anwesend sind; diese Lärmimmissionen sind bis zum Haus der Berufungskläger zu hören. Selbst zusammen mit den zu erwartenden Lärmimmissionen der Beachvolleyballfelder ist die Lärmbelastung der betroffenen Nachbarinnen und Nachbarn nach Ansicht des Gerichts ohne Weiteres im Rahmen des nach Art. 684 ZGB zu Tolerierenden. Abgesehen davon ist nach dem Wortlaut von Art. 684 ZGB kein Abwehranspruch gegeben, wenn sich der einzelne Eigentümer aller übermässigen Einwirkungen enthält, aber im Zusammenspiel mehrerer zulässiger Einwirkungen mehrerer Grundstücke möglicherweise eine Überschreitung anzunehmen ist (vgl. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 148 zu Art. 684).

12. Beim Beachvolleyball spielen in der Regel zwei Spielerinnen oder Spieler gegen zwei andere, auf solchen Feldern wird erfahrungsgemäss aber auch in grösseren Teams bis zu sechs Personen (wie im Hallenvolleyball) gegeneinander gespielt. Damit wären maximal 36 Spieler gleichzeitig am Spielen bzw. Trainieren, deren Lärm im Rufen, im Klatschen mit den Händen sowie im Spielen des Volleyballs besteht. Es ist möglich, dass daneben noch gewisse Zuschauerinnen und Zuschauer anwesend sein werden, im Trainingsbetrieb wohl vor allem Spielerinnen und Spieler, die gerade eine Spielpause machen und deren Lärm im Rufen und im Klatschen mit den Händen besteht. Es werden ohne Turniere wohl regelmässig nicht mehr als ca. 20-30 Personen gleichzeitig anwesend sein, zumal auch Schulklassen diese Grösse nicht übersteigen. Die Vollbelegung einer Sportanlage ist ohnehin die Ausnahme (vgl. RYFFEL, a.a.O., S. 143). Turniere sind wie gezeigt nicht zu berücksichtigen, da die Vorinstanz auf diesen Punkt nicht eingetreten ist und dies mit der Berufung nicht angefochten worden ist. Immerhin ist anzumerken, dass ein Turnier wie die Coop-Beach-Tour, ein national bekanntes Turnier, entgegen den Befürchtungen der Berufungskläger nicht auf den geplanten Beachvolleyballfeldern wird ausgetragen werden können, weil deren Infrastruktur dafür nicht ausreicht.

Der zu erwartende Lärm ist mit dem Charakter einer Wohnzone grundsätzlich vereinbar. Hinzu kommt, dass keine Lautsprecheranlage vorgesehen ist. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Benützung der Anlagen vom guten Wetter abhängt und daher auch nicht während aller vier Jahreszeiten möglich ist. Schliesslich ist nicht mit einem höheren Verkehrsaufkommen im Umfeld der Berufungskläger zu rechnen, da beim Hallenbad genügend Gratisparkplätze vorhanden sind und Schülerinnen und Schüler sowieso nicht mit Autos zum Training erscheinen werden.

Verschiedene Autoren sind der Ansicht, kleinere Übungsplätze für Ballsportarten wie Volleyball seien mit dem Charakter von Wohnzonen vereinbar (vgl. RYFFEL, a.a.O., S. 151; JELLETRUP, Individualrechtsschutz gegen Beeinträchtigungen durch kommunale Sportanlagen, Münster 1990, S. 95). Sie betrachten insbesondere ein Kleinspielfeld von 20 x 40 m mit einer durchgehenden, 4 m hohen Umzäunung als zum Begriff des Wohnens gehörend. Vorliegend misst die Anlage 24 x 42 m und hat ebenfalls eine 4 m hohe Umgrenzung. Ebenso wurde eine Tennisanlage in der Wohnzone als zulässig angesehen (ZBI 1988, 75).

(...)

13. Wenn eine Klage sich gegen die Erstellung von Anlagen richtet, von deren Benutzung die Kläger unzulässige Einwirkungen befürchten, haben sie den Nachweis zu erbringen, dass die Anlage aller Voraussicht nach zu Eigentumsüberschreitungen führen wird; die auf blosser Möglichkeit sich gründende Besorgnis über solche Einwirkungen genügt nicht (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 143 zu Art. 679). Nach dem Gesagten ist den Berufungsklägern dieser Nachweis nicht gelungen. Nach der Erfahrung des Gerichts sind Beachvolleyballplätze nicht übermässig lärmintensiv und verursachen keine erhebliche Störung des Wohlbefindens der Nachbarinnen und Nachbarn. Dies zeigt sich zum Beispiel bei solchen Plätzen in Freibädern und am Strand. Das Bauvorhaben ist in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig und entspricht dem generellen und konkreten Ortsgebrauch. Die öffentlichen Interessen überwiegen die privaten Interessen der Berufungskläger an einer möglichst lärmfreien Wohnumgebung. Die geplanten Beachvolleyballplätze dienen dem Schulsport und ebenso dem Berufungsbeklagten für die Erweiterung der Trainingsmöglichkeiten, was deswegen erheblich ist, weil der Berufungsbeklagte - was gerichtsnotorisch ist - einer der grösseren Volleyballvereine der Schweiz ist und unter einem Mangel an geeigneten Trainingsmöglichkeiten leidet.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Abweisung der Präventivklage keineswegs bedeutet, dass eine spätere Klage nach Art. 684 ZGB gestützt auf die tatsächliche Lärmbelastung nicht doch noch gutgeheissen werden könnte (vgl. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 118 zu Art. 679). Der Anspruch aus Art. 684 ZGB verjährt nicht. Ein Nachbar kann stets Verletzungen zu gegebener Zeit mit privat- oder öffentlichrechtlichen Verfahren rügen (GLAVAS, a.a.O., S. 204; URP 1989, 32; RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 136 B V). Letztlich baut ein Bauherr auf eigenes Risiko, wenn nachträglich ein Verbot des Betriebs wegen des (in erster Linie privatrechtlichen) Immissionsschutzes ausgesprochen werden muss (vgl. BGE 101 Ia 205 Erw. 3b S. 209). Das Bundesgericht hat es im Übrigen im öffentlichrechtlichen Verfahren als zulässig erachtet, zunächst Erfahrungen zu sammeln und gestützt darauf allenfalls nachträglich die Bewilligung zu widerrufen, sofern die zu erwartenden Lärmimmissionen nicht absehbar und nur möglicherweise übermässig sind (Entscheid 1A.43/2004 Erw. 3.5).

(Kantonsgericht, Urteil K 5/07 vom 27. November 2007)

### **Lugano-Übereinkommen; Vollstreckbarerklärung; Verletzung des ordre public (Art. 27 Ziff. 1 LugÜ)**

**Soweit eine Partei den innerstaatlichen Rechtsmittelweg nicht vollständig ausgeschöpft hat, kann sie im Verfahren der Vollstreckbarerklärung eines Urteils im Zweitstaat mit ihren Argumenten betreffend Verletzung des formellen oder materiellen ordre public nicht gehört werden. Es ist in erster Linie Sache der Parteien, durch aktive Teilnahme am Verfahren im Erststaat auf die Vermeidung sie benachteiligender Fehler der Gerichte hinzuwirken oder dagegen die vorhandenen Rechtsmittel zu ergreifen. Die Ordre-public-Prüfung darf nicht dazu führen, eine nachlässige oder unzustimmige Prozessführung im Ausland zu korrigieren.**

1. Die in einem Vertragsstaat des LugÜ ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, werden in einem anderen Vertragsstaat voll-

streckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind (Art. 31 Abs. 1 LugÜ). Der Antrag ist in der Schweiz für Entscheidungen, die zu einer Geldleistung verpflichten, an den Rechtsöffnungsrichter zu richten (Art. 32 LugÜ). Dem Antrag sind gemäss Art. 33 Abs. 3 LugÜ die in Art. 46 und 47 LugÜ aufgeführten Urkunden beizufügen.

Wird die Zwangsvollstreckung zugelassen, kann die Schuldnerin gegen die Entscheidung innerhalb eines Monats nach ihrer Zustellung einen Rechtsbehelf einlegen (Art. 36 Abs. 1 LugÜ). Der Rechtsbehelf wird in der Schweiz nach den Vorschriften, die für das strittige Verfahren massgebend sind, beim Kantonsgericht eingelegt (Art. 37 Ziff. 1 LugÜ).

2. Die Rechtsbehelfsklägerin hat die Frist für den Rechtsbehelf eingehalten. Innerkantonal findet nach dem erstinstanzlichen Urteil über die Vollstreckbarerklärung und die definitive Rechtsöffnung eine Spaltung des Rechtsmittelwegs statt. Die Vollstreckbarerklärung ist mit dem Rechtsbehelf an das Kantonsgericht, Abteilung Zivil- und Strafgericht, zu richten, während die definitive Rechtsöffnung mit Berufung an den Kantonsgerichtspräsidenten zu erheben ist. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, wird das Berufungsverfahren regelmässig sistiert bis zur Rechtskraft des Verfahrens betreffend Vollstreckbarerklärung, da die Vollstreckbarerklärung eine Vorfrage zur definitiven Rechtsöffnung bildet. Aus diesem Grund ist die Verfahrensvereinigung, welche die Rechtsbehelfsklägerin verlangt, nicht möglich. (...)
3. Sowohl das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 25. Januar 2007 wie auch sein Kostenfestsetzungsbeschluss vom 3. Mai 2007 sind im Original eingereicht worden. Damit ist der Vorschrift von Art. 46 Ziff. 1 LugÜ Genüge getan. Mit Schreiben vom 28. September 2007 hat das Landgericht Leipzig weiter bestätigt, dass sowohl sein Urteil wie sein Kostenfestsetzungsbeschluss der Rechtsbehelfsklägerin zugestellt worden und vollstreckbar sind. Damit ist der Vorschrift von Art. 47 Ziff. 1 LugÜ Genüge getan. Keine Rolle spielt es, dass im Urteil des Landgerichts Leipzig in Ziffer 5 des Dispositivs nur von einer vorläufigen Vollstreckbarkeit die Rede ist. Die Bestätigung des Landgerichts Leipzig, dass sein Urteil vollstreckbar ist (nach deutschem Recht), muss genügen (vgl. STAEHELIN, Basler Kommentar, SchKG I, Basel 1998, N 67 zu Art. 80 SchKG; WALDER, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, in: Schwander [Hrsg.], Das Lugano-Übereinkommen, St.Gallen 1990, S. 138). Deshalb war die Einreichung des Urteils des Oberlandesgerichts Dresden durch den Rechtsbehelfsbeklagten nicht notwendig.

Die in den Art. 46 und 47 LugÜ aufgezählten Urkunden bedürfen weder der Legalisation noch einer ähnlichen Förmlichkeit (Art. 49 LugÜ). Ein Kostenfestsetzungsbeschluss einer Urkundsbeamtin ist nach Art. 25 LugÜ ein dem Urteil gleichgestellter Entscheid. Dass die Rechtspflegerin des Landgerichts Leipzig den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 3. Mai 2007 erlassen hat und nicht ein Richter, ist für die Vollstreckbarerklärung somit kein Hinderungsgrund.

4. Ausgangspunkt der Prüfung ist Art. 34 LugÜ. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann gemäss dessen Abs. 2 nur aus einem der in Art. 27 und 28 LugÜ angeführten Gründe abgelehnt werden. Nach Art. 34 Abs. 3 LugÜ darf die ausländische Entscheidung keinesfalls in der Sache selbst nachgeprüft werden.

Eine Entscheidung wird nach Art. 27 Ziff. 1 LugÜ nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widerspräche. Die Zuständigkeit der Gerichte des Ursprungsstaats darf nach Art. 28 Abs. 4 LugÜ nicht nachgeprüft werden; die Vorschriften über die Zuständigkeit gehören gemäss dieser Vorschrift nicht zur öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 27 Ziff. 1 LugÜ.

5. Die vorinstanzlichen Erwägungen zur fehlenden Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs sind zutreffend. Das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden, welches das Urteil des Landgerichts Leipzig bestätigt hat, hätte mit Revision an den Bundesgerichtshof in Karlsruhe weitergezogen werden können und auch müssen. Soweit eine Partei den innerstaatlichen Rechtsmittelweg nicht vollständig ausgeschöpft hat, kann sie im Verfahren der Vollstreckbarerklärung im Zweitstaat nämlich mit ihren Argumenten betreffend ordre public nicht gehört werden. Es ist in erster Linie Sache der Parteien, durch aktive Teilnahme am Verfahren im Erststaat auf die Vermeidung sie benachteiligender Fehler der Gerichte hinzuwirken oder dagegen die vorhandenen Rechtsmittel zu ergreifen. Die Ordre-public-Prüfung darf nicht dazu führen, eine nachlässige oder unzweckmässige Prozessführung im Ausland zu korrigieren (GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, München 2004, N 30 und N 57 zu Art. 34; KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Frankfurt 2005, N 14 zu Art. 34; so auch Urteil C-183/90 des Europäischen Gerichtshofs, kommentiert von Volken in SZIER 1992, S. 249). Im Inland nicht angefochtene Urteile ohne Auslandsbezug werden ja trotz formeller oder inhaltlicher Mängel in aller Regel auch rechtskräftig und vollstreckbar. Die Rechtsbehelfsklägerin hat an Schranken nochmals bestätigt, trotz ihrer Kritik am Urteil des Landgerichts Leipzig bewusst auf eine Revision beim Bundesgerichtshof verzichtet zu haben. Ihre Rügen betreffend fehlender Zuständigkeit des Landgerichts Leipzig und betreffend Völkerrechtswidrigkeit dessen Urteils hätte sie beim Bundesgerichtshof vorbringen können und müssen. Die Folgen dieses Verzichts hat die Rechtsbehelfsklägerin im zweitstaatlichen Verfahren auf Vollstreckbarerklärung nun zu tragen. Schon aus diesem Grund ist der Rechtsbehelf abzuweisen.

Die prozessuale Last zur Ausschöpfung erststaatlicher Rechtsmittel findet ihre Grenze nur dort, wo diese nach erststaatlichem Recht keinen Erfolg versprechen, weil aus der Sicht des Zweitstaats schon das gesamte erststaatliche Verfahren selbst ordre-public-widrig ist (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 30 zu Art. 34). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

6. Die Rügen der Rechtsbehelfsklägerin hinsichtlich Verletzung des formellen und materiellen ordre public wären allerdings ohnehin nicht zutreffend.

Das Landgericht Leipzig hat seine Zuständigkeit auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ gestützt. Nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Partei, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, und zwar vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Das Begriffspaar „unerlaubte Handlung“ und „Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist“, bestimmt sich dabei vertragsautonom, ist also nicht als blosser Verweis auf das innerstaatliche Recht eines beteiligten Staates zu verstehen, etwa auf die

lex fori oder die lex causae (Botschaft zum LugÜ, BBl 1990 II 295). Dies ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Brüsseler Parallelübereinkommen (EuGVÜ; seit 1. März 2002 EuGVO), die gemäss Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und gemäss einer zusätzlichen Erklärung der Regierungsvertreter der EFTA-Staaten vorliegend als massgeblich zu betrachten ist.

Da Art. 5 Ziff. 3 LugÜ eine Vorschrift zur Festlegung der Zuständigkeit ist, ändert sich wegen der Notwendigkeit einer vertragsautonomen Auslegung nichts an der Tatsache, dass die Vorschriften über die Zuständigkeit nach Art. 28 Abs. 4 LugÜ nicht zum *ordre public* gehören und daher eine Verweigerung der Vollstreckbarerklärung nicht damit begründet werden kann, der Begriff "unerlaubte Handlung" sei falsch ausgelegt worden. Die Unterzeichnerstaaten haben durch das LugÜ den Gerichten jedes Mitgliedstaats diesbezüglich das Vertrauen ausgesprochen, dass diese (spätestens im Rechtsmittelverfahren) die Zuständigkeitsnormen richtig anwenden (vgl. VOLKEN, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem Lugano-Übereinkommen, ZWR 1992, S. 442 f. und BGE 123 III 374 Erw. 2a S. 377 f.). Deshalb darf das Gericht im Zweitstaat, das über die Vollstreckbarerklärung zu entscheiden hat, selbst bei krassen Verstössen die Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsstaats nicht nachprüfen (vgl. Bundesgerichtsentscheide 4P.48/2002 Erw. 3a bb und 123 III 374 Erw. 2a S. 377 f.). Fehlentscheidungen von Gerichten des Erststaats zur Zuständigkeitsfrage werden von den Vertragsstaaten bewusst in Kauf genommen. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich der Erstrichter bewusst oder unbewusst, aufgrund eines unrichtigen Sachverhalts oder durch falsche Auslegung über die Normen des massgeblichen Zuständigkeitsrechts hinweggesetzt hat (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 2 zu Art. 35). Der Zweitrichter darf nicht auf dem Umweg über den *ordre public* die internationale Unzuständigkeit des Erstrichters zum Anlass der Verweigerung der Vollstreckbarerklärung nehmen (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 3 zu Art. 35). Verwirft das Erstgericht den Einwand der Unzuständigkeit, bleibt der beklagten Partei nur die Möglichkeit, alle nach dem Recht des Erststaats zulässigen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe auszuschöpfen, um ein Urteil mit der Feststellung der internationalen Unzuständigkeit zu erwirken; gelingt dies nicht, hat es dabei sein Bewenden (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 5 zu Art. 35).

7. Was die Argumentation der Rechtsbehelfsklägerin mit der Verletzung des materiellen *ordre public* betrifft, ist zunächst festzustellen, dass diese Argumentation auf eine unzulässige Nachprüfung in der Sache selbst (*révision au fond*) hinausläuft, weil sie damit argumentiert, in Deutschland bestehe für sie keine Bewilligungspflicht. Das Verbot der Nachprüfung in der Sache selbst soll das Wiederaufrollen des ausländischen Prozesses vermeiden (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 10 zu Art. 34). Art. 27 Ziff. 1 LugÜ soll nicht als Instrument für die *révision au fond* missbraucht werden können (PAETZOLD, Vollstreckung schweizerischer Entscheidungen nach dem Lugano-Übereinkommen in Deutschland, Zürich 1995, S. 22).

Selbst wenn man eine unzulässige Nachprüfung in der Sache selbst vorliegend verneinen würde, wäre kein *Ordre-public*-Verstoss denkbar, weil das GATS nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht direkt anwendbares Völkerrecht ist (ENGELBERGER, Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht in der Rechtsprechung des schweizerischen Bun-

desgerichts - Eine Bestandesaufnahme, SZIER 2004, S. 173). Auch der EuGH hat die direkte Anwendung des GATS abgelehnt (z.B. im Urteil C-280/93). Der Einzelne kann sich nur dann auf Rechte eines völkerrechtlichen Vertrags berufen, wenn dieser direkt anwendbar (self-executing) ist (vgl. z.B. RHINOW, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N 3236). Die Rechtsbehelfsklägerin kann sich daher gar nicht auf diese völkerrechtliche Vereinbarung berufen.

8. Hinzu kommt ein Letztes: Der Einwand der Verletzung des ordre public soll im internationalen Recht allgemein grundsätzlich nur sehr restriktiv, bei ganz krasen Fällen, angewendet werden (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 14 zu Art. 34; KROPHOLLER, a.a.O., N 4 zu Art. 34). Noch strenger gehandhabt werden soll der Einwand der Verletzung des ordre public im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung (Bundesgerichtsurteil 4P.48/2002 Erw. 3b; WALDER, a.a.O., S. 139). Die bewusste Begrenzung des Prüfumfangs im Zweitstaat soll die Durchsetzung des erststaatlichen Urteils fördern (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 11 zu Art. 45; VOLKEN, a.a.O., S. 249). In der Präambel des LugÜ steht denn auch ausdrücklich, die Vereinbarung werde abgeschlossen, um die Anerkennung ausländischer Entscheide zu erleichtern. Es gibt in der Europäischen Union derzeit sogar Tendenzen, das Exequaturverfahren ganz abzuschaffen; ein Anfang wurde mit der Verordnung (EG) 805/2004 vom 21. April 2004 über unbestrittene Forderungen gemacht, die das Vollstreckbarerklärungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in ihrem Anwendungsbereich abschafft (vgl. Hinweis auf S. 24 Fn. 37 des erläuternden Begleitberichts zum Vernehmlassungsverfahren des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 30. Mai 2008 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen).

(Kantonsgericht, Urteil K 4/08 vom 3. Juni 2008; bestätigt mit Bundesgerichtsurteil 4A\_440/2008)

### **Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis; Beurteilung von Entschädigung und Schadenersatz bei Anfechtung der Kündigung (Lückenfüllung)**

**Zum besonderen Beschwerdeverfahren bei der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gehört, dass über allfällige Entschädigungsansprüche nach Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung im gleichen Beschwerdeverfahren entschieden werden können muss, sofern innerhalb von 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Entschädigungsbegehren gestellt wird. Nach Einführung der gerichtlichen Anfechtungsmöglichkeit einer Kündigung hätte das Anfechtungsverfahren zwingend in diesem Sinne angepasst werden müssen, denn es macht keinen Sinn, dass das Gericht wohl über eine allfällige Missbräuchlichkeit, nicht aber über deren Folgen im gleichen Verfahren urteilen kann. In diesem Sinne liegt eine Gesetzeslücke im Verfahrensrecht vor.**

(...)

2. Nach der Praxis des Kantonsgerichts (Abteilung Verwaltungsgericht) können Entschädigungen aus missbräuchlicher Kündigung des öffentlich-rechtlichen Ar-

beitsverhältnisses wie auch allfällige Schadenersatzansprüche eigenständig geltend gemacht werden und müssen nicht innert der ursprünglichen Beschwerdefrist von 30 Tagen zusammen mit der Anfechtung der Kündigungsverfügung anhängig gemacht werden. Im Verfahren V 9/06 hat das Kantonsgericht zu dieser Frage folgendes erwogen:

„Die Rechtsbegehren unter Ziffer 4 betreffen die finanziellen Folgen der Kündigung für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers nicht fort-dauert (Ziff. 4a: Entschädigung; Ziff. 4b und 4c: Schadenersatz). Diese Rechtsbegehren stellte der Beschwerdeführer nach Ablauf der 30tägigen Frist von Art. 10 Abs. 1 VerwGG. Grundsätzlich sind neue Begehren nach Art. 9 Abs. 2 VerwGG nur mit der Einreichung der Beschwerdeschrift zulässig.

Im Arbeitsvertrag der Parteien wird auf die Personalverordnung verwiesen. Art. 2 Abs. 1 PeV statuiert, dass die Bestimmungen des OR (Art. 319 ff.) anwendbar sind, wenn die Personalverordnung nicht andere Regelungen enthält. Art. 336b Abs. 2 OR besagt, dass eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung spätestens 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Klage geltend zu machen ist. Diese gesetzliche Regelung und die darauf beruhende arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien geht somit allfälligen zeitlichen Begrenzungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes, insbesondere einem allfälligen Erfordernis, solche finanziellen Forderungen innert der 30tägigen Beschwerdefrist einzureichen, vor. Das Rechtsbegehren Ziffer 4a ist noch während laufendem Arbeitsverhältnis anhängig gemacht worden. Die besondere Frist von 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt aufgrund der gesetzlichen Systematik des OR indessen nur für die Entschädigung, nicht aber für Schadenersatzansprüche aus einem andern Rechtstitel nach Art. 336a Abs. 2 OR.

Wegen einer missbräuchlichen Kündigung allein können nach dem Willen des Gesetzgebers keine zusätzlichen Schadenersatzansprüche neben der Entschädigung geltend gemacht werden (BGE 123 III 391 E. 3c S. 394; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, N 8 zu Art. 336a OR m. Hinw.). Die Wendung „aus einem anderen Rechtstitel“ in Art. 336a Abs. 2 OR ist also im Sinne von „aus einem anderen Grund“ und nicht im Sinne von „aufgrund einer anderen Bestimmung“ zu verstehen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 336a OR). Schadenersatz ist somit nicht direkt mit der Kündigungsverfügung verknüpft, sondern als eigenständige Klage auf vermögensrechtliche Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nach Art. 24 Abs. 1 lit. c VerwGG anzusehen, bei der nach Abs. 2 die Vorschriften des Gesetzes über die Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar sind und kein Vermittlungsverfahren stattfindet. Eine bestimmte Frist zur Einreichung ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Die Anhängigmachung von Ziffer 4b mit Schreiben vom 31. Mai 2006 und von Ziffer 4c an der Hauptverhandlung vom 5. Dezember 2006 war daher jedenfalls nicht verspätet, zumal Ziffer 4c nur eine Präzisierung im Sinne einer Pauschalierung für den Eventualfall darstellt.

Sowohl die Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung wie allfällige Schadenersatzbegehren könnten somit grundsätzlich eigenständig anhängig gemacht werden. Sie sind nicht innert der ursprünglichen Beschwerdefrist von 30 Tagen zusammen mit der Anfechtung der Kündigungsverfügung anhängig zu machen.“

(...)

3. Das Gericht übersieht freilich im Zusammenhang mit der Beurteilung der beschwerdeführerischen Entschädigungsbegehren einen weiteren Aspekt, den die Parteien selbst bisher nicht angesprochen haben, auch nicht. In der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege, also im Beschwerdeverfahren, ist der Entscheid in der Sache ebenso wie das Verfahren grundsätzlich auf den Streitgegenstand beschränkt. Der Streitgegenstand bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Zur Bestimmung des Streitgegenstandes ist somit von der angefochtenen Verfügung, dem so genannten Anfechtungsobjekt, auszugehen. Zur Bestimmung des konkreten Streitobjekts im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht schreibt Art. 11 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VerwGG, GS 191) unter anderem vor, dass die Beschwerdeschrift ein Rechtsbegehren enthalten muss. Das Rechtsbegehren darf dabei nur Anträge enthalten, über welche die Vorinstanz entschieden hat oder hätte entscheiden sollen. Demnach wird der Streitgegenstand im Verwaltungsprozess durch den Antrag und die erstinstanzliche Verfügung bestimmt ((MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 72 N. 6; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 54, N. 4).

Nach den dargelegten allgemeinen Regeln würden die Entschädigungsanträge der Beschwerdeführerin ausserhalb des Streitobjektes liegen, da sie nicht Gegenstand der angefochtenen Kündigungsverfügung waren. Die Standeskommission hatte sich nicht mit einer Entschädigung wegen allfälliger Missbräuchlichkeit der Kündigung befasst.

4. Vor Erlass der Personalverordnung (PeV, GS 154) war die Anfechtung einer Kündigung nicht möglich. Es konnten nur Entschädigungsansprüche nach Art. 336a OR gerichtlich geltend gemacht werden (Kantonsgerichtsurteil V 39/00). Dass heute Kündigungsverfügungen der Standeskommission beim Kantonsgericht angefochten werden können, ist anerkannt. Der Gesetzgeber hat es bei der Einführung der Anfechtbarkeit der Kündigungsverfügung allerdings unterlassen, das Anfechtungsverfahren adäquat zu regeln. Dass sich die Standeskommission in ihrer Kündigungsverfügung nicht mit der Missbräuchlichkeit derselben und der Frage einer allfälligen Geldentschädigung an die Beschwerdeführerin befasst hatte, ist logisch. Sie wird das bei künftigen Kündigungen zu Recht weiterhin nicht tun. Es ist also gar nicht denkbar, dass im gerichtlichen Anfechtungsverfahren je ein Anfechtungsobjekt vorliegt, das sich bereits über allfällige Entschädigungsansprüche der gekündigten Person wegen allfälliger Missbräuchlichkeit der Kündigung ausgesprochen hätte. Nachdem sich die Kündigung und deren Rechtsfolgen im Kanton Appenzell I. Rh. aber nach dem OR richten, was vom Bundesgericht am 7. Dezember 2007 bestätigt worden ist (Urteil 1C\_103/2007), stehen bei jeder Kündigung latente Entschädigungsansprüche zur Diskussion, weil jede gekündigte Person die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit anfechten und Entschädigungsansprüche geltend machen kann. Wer die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses im Kanton Appenzell I. Rh. gerichtlich anfechtet, kann überhaupt nur Entschädigungsansprüche geltend machen, da die Kündigung, wie im Teilurteil vom 6. Februar 2007 entschieden, so genannte Gestaltungswirkung hat und das Arbeitsverhältnis in jedem Falle auflöst. Auch das hat das Bundesgericht im Urteil 1C\_103/2007 bestätigt. Das Bun-

desgericht hat denn auch gefunden, aufgrund von Art. 2 Abs. 1 PeV und Art. 39 Abs. 2 aPV sei von einem Beschwerdeverfahren besonderer Natur auszugehen.

Zu diesem besonderen Beschwerdeverfahren gehört es nach Ansicht des Gerichts, dass über allfällige Entschädigungsansprüche nach Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung in eben diesem (gleichen) Beschwerdeverfahren muss entschieden werden können, sofern innerhalb von 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Entschädigungsbegehren gestellt wird. Nach Einführung der gerichtlichen Anfechtungsmöglichkeit einer Kündigung hätte das Anfechtungsverfahren zwingend in diesem Sinne angepasst werden müssen, denn es macht keinen Sinn, dass das Gericht wohl über eine allfällige Missbräuchlichkeit, nicht aber über deren Folgen im gleichen Verfahren urteilen kann. In diesem Sinne liegt wohl eine Gesetzeslücke im Verfahrensrecht vor.

5. Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d. h. ein so genanntes qualifiziertes Schweigen darstellt. In diesem Falle hat das Gesetz die Rechtsfolge nicht übersehen, sondern stillschweigend, im negativen Sinne, mitentschieden. Ist das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Muss auch diese Frage verneint werden, liegt eine Lücke vor.

In der Lehre wird zwischen echten und unechten Lücken unterschieden. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil sie aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Das Rechtsverweigerungsverbot gebietet es den rechtsanwendenden Organen, echte Lücken zu schliessen, während der Legalitätsgrundsatz ihnen die Füllung unechter Lücken grundsätzlich untersagt und diese Aufgabe dem Gesetzgeber vorbehält. Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis freilich immer weniger beachtet. Deshalb verzichtet eine neuere Auffassung der Methodenlehre auf diese Unterscheidung und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden (zum Ganzen vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz 233 ff.).

Das Gericht kann sich der modernen Methodenlehre, die auf die Unterscheidung von echten und unechten Lücken verzichtet, ohne weiteres anschliessen. Es vermag dem VerwGG auch kein qualifiziertes Schweigen in Bezug auf die Mitbeurteilung von Entschädigungsansprüchen im Kündigungsanfechtungsprozess zu entnehmen. Nach Ansicht des Gerichts liegt vielmehr eine planwidrige Unvollständigkeit des VerwGG in dem Sinne vor, dass bei der Einführung der gerichtlichen Anfechtbarkeit der Kündigung unter gleichzeitiger und weitgehender

Verweisung auf die Bestimmungen des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses (Art. 319 ff. OR) unterlassen wurde, die Verfahrensbestimmungen mit den materiellen Bestimmungen zu koordinieren. Dadurch ist eine Gesetzeslücke entstanden, die es zu schliessen gilt. Für eine sachgerechte Anwendung der Kündigungsanfechtungsbestimmungen ist es nach Ansicht des Gerichts unerlässlich, dass im gleichen Beschwerdeverfahren sowohl über eine allfällige Missbräuchlichkeit der Kündigung wie auch über allfällige Entschädigungsansprüche entschieden werden kann.

Das bedeutet, dass im vorliegenden Verfahren, entgegen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über den Streitgegenstand, aber in Übereinstimmung mit der im Verwaltungsgerichtsurteil V 9/06 entwickelten Rechtsprechung, auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Entschädigungsbegehren beurteilt werden können, obwohl diese noch nicht Gegenstand des Kündigungsverfahrens vor der Standeskommission gewesen waren.

(Kantonsgericht; Zwischenentscheid V 11/06 vom 19. März 2008)

### **Abparzellierung; Grösse der abzuparzellierenden Fläche (Art. 60 lit. a BGGB)**

**Bei Abparzellierungen nach Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB gibt es keine gesetzliche Begrenzung der maximal abzuparzellierenden Fläche von 1'000 m<sup>2</sup>. Die 1'000 m<sup>2</sup> in Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB sind nur ein Richtmass. Die Bewilligungsbehörde hat sich grundsätzlich am objektiven Gesetzeszweck und nicht an den subjektiven, persönlichen Interessen der Gesuchsteller zu orientieren. In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob es sachlich gerechtfertigte Gründe für ein Überschreiten der abzuparzellierenden Fläche von 1'000 m<sup>2</sup> gibt.**

(...)

4. Der Beschwerdegegner hat festgestellt, dass die Parzelle Nr. 709 ein landwirtschaftliches Grundstück nach Art. 6 BGGB ist, was unbestritten ist. Gemäss Art. 58 Abs. 2 BGGB dürfen landwirtschaftliche Grundstücke nicht in Teilstücke unter 25 Aren aufgeteilt werden (Zerstückelungsverbot). Nach Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB kann die kantonale Bewilligungsbehörde Ausnahmen vom Zerstückelungsverbot bewilligen, wenn das landwirtschaftliche Grundstück in einen Teil innerhalb und in einen Teil ausserhalb des Anwendungsbereichs des BGGB aufgeteilt wird.

Vorliegend ist nicht die Abparzellierung als solche, sondern nur deren Fläche strittig. Während der Beschwerdegegner maximal 1'000 m<sup>2</sup> (inklusive Gebäude) akzeptiert, beantragen die Beschwerdeführer ca. 1'600 m<sup>2</sup> (inklusive Gebäude). Der Beschwerdegegner beruft sich in der angefochtenen Verfügung auf Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB. Diese Bestimmung betrifft die einmalige Arrondierung eines nichtlandwirtschaftlichen Grundstücks ausserhalb der Bauzone durch die Abtrennung von Land in der Landwirtschaftszone. Gemäss dieser Bestimmung darf das nichtlandwirtschaftliche Grundstück höchstens um 1'000 m<sup>2</sup> vergrössert werden. Vorliegend ist diese Bestimmung nicht anwendbar, weil die Parzelle Nr. 709 derzeit noch vollständig in der Landwirtschaftszone eingeteilt ist. Offenbar ist der Gesuchsgegner der Ansicht, die in Art. 60 Abs. 1 lit. d BGGB genannte Obergrenze müsse auch in Fällen von Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB zwin-

gend angewandt werden. Diese Ansicht ist jedoch nicht zutreffend.

(...)

Die 1'000 m<sup>2</sup> in Art. 60 Abs. 1 lit. d BGG sind ein Richtmass für die Grösse der nach Art. 60 Abs. 1 lit. a BGG abzuparzellierenden Fläche (vgl. BANDLI, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, Brugg 1995, N 8 zu Art. 60; SCHMID-TSCHIRREN, Das bäuerliche Bodenrecht im Härtefall der Realität, ZBGR 1997, S. 155). Dies hat das Verwaltungsgericht im Urteil V 5/99 vom 30. November 1999 in Erwägung II 5 für die kantonale Praxis bereits einmal festgehalten. Die Verwendung des Begriffs "Richtmass" ist indessen ein Hinweis darauf, dass die 1'000 m<sup>2</sup> nicht in jedem Einzelfall die oberste Grenze bilden müssen. Es sind dem angerufenen Gericht aus Gerichtsverfahren denn auch Abparzellierungen im Kanton Appenzell I.Rh. bekannt, wo eine grössere Fläche als 1'000 m<sup>2</sup> bewilligt worden ist.

5. In seiner neuen Entscheidung wird der Beschwerdegegner sich zunächst die Frage stellen müssen, ob die abzuparzellierende Fläche inklusive Gebäudefläche zu bewilligen ist, wie er es verfügt hat, oder ob sie zusätzlich zur Gebäudefläche zu bewilligen ist. Dazu hat sich das Kantonsgericht im Urteil V 5/99 nicht geäussert. Der Gesetzestext von Art. 60 lit. a BGG liefert keine Anhaltspunkte, und auch den Materialien zum BGG ist nichts zu entnehmen. In Lehre und Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, die abzuparzellierende Fläche bestehe aus der tatsächlich überbauten Fläche und einer restlichen abzuparzellierenden Fläche mit dem Richtmass von 1'000 m<sup>2</sup>, wobei davon ausgegangen werden kann, dass Strassen und Plätze nicht zur tatsächlich überbauten Fläche gehören sollen (vgl. BANDLI, a.a.O., N 28 zu Art. 2; SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 155; Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 21431 vom 25. Oktober 2002, in: ZBGR 2004, S. 38). Vorliegend messen die Gebäulichkeiten 221 m<sup>2</sup> und der Garten 877 m<sup>2</sup>, zusammen 1'098 m<sup>2</sup>; wäre die Fläche der Gebäulichkeiten zusätzlich zu einem Richtmass von 1'000 m<sup>2</sup> zu berücksichtigen, könnte jedenfalls die gesamte Gartenanlage zur abparzellierten Fläche gehören. Die zusätzliche Fläche soll den Eigentümern ermöglichen, neben den Gebäuden einen angemessenen Umschwung für die nichtlandwirtschaftliche Nutzung zu haben. Dazu kann nach der Rechtsprechung ein Garten gehören (vgl. ZBGR 2004, S. 39).

Nach dem Gesetzestext von Art. 60 Abs. 1 lit. a BGG gibt es im Gegensatz zu Art. 60 Abs. 1 lit. d BGG keine Begrenzung der abzuparzellierenden Fläche - sei es inklusive oder exklusive Gebäulichkeiten - auf 1'000 m<sup>2</sup>. Aus den Materialien ergeben sich zur Frage der Grösse der abzuparzellierenden Fläche keine Erkenntnisse, ebenso wenig aus der Gesetzessystematik. Solche Ausnahmebestimmungen sind weder besonders extensiv noch besonders restriktiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen des allgemeinen Verbots und nach ihrem gesetzlichen Zusammenhang auszulegen und anzuwenden. Bei nicht von vornherein klarem Sachverhalten hat sich die Bewilligungsbehörde grundsätzlich am objektiven Gesetzeszweck und nicht an den subjektiven, persönlichen Interessen der Gesuchsteller zu orientieren (BANDLI, a.a.O., N 1 zu Art. 60 m.Hinw.).

6. Das BGG will dazu beitragen, dass lebensfähige Betriebe als Ganzes erhalten bleiben, dass aber auch andere Betriebe sich entwickeln und ihre Existenzbasis verbessern können. Diesem strukturpolitischen Ziel dienen namentlich die Be-

stimmungen über die Mindestgrösse landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke, über Grenzverbesserungen, über Realteilungs- und Zerstückelungsverbote, über Massnahmen zur Verhütung der Überschuldung, über den Anspruch auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke und über Vorkaufsrechte an landwirtschaftlichen Grundstücken (HOTZ, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, Brugg 1995, N 8 zu Art. 1). Bei der Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 60 Abs. 1 lit. a BGG und in deren Rahmen bei der Festsetzung der maximal abzuparzellierenden Fläche hat sich die Bewilligungsbehörde stets den Geltungsbereich des BGG und dessen Zweck vor Augen zu halten. Bodenflächen, die nicht (mehr) für die landwirtschaftliche Benützung verwendet werden, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers aus dem Geltungsbereich des BGG entfernt werden, womit eine Entflechtung erreicht werden kann (BANDLI, a.a.O., N 3 zu Art. 60). Gleichzeitig muss aber auch verhindert werden, dass derart eine unerwünschte Zersiedelung eintritt. Vor diesem Hintergrund hat die Bewilligungsbehörde in jedem Einzelfall zu prüfen, wie viele Quadratmeter Fläche abparzelliert werden können. 1'000 m<sup>2</sup> sind dabei wie erwähnt ein Richtmass, aber nicht die absolute Obergrenze. Die Bildung von Kriterien, auch aufgrund einer Analyse der Bewilligungsentscheide der Vergangenheit, kann für eine rechtsgleiche Behandlung der Gesuchsteller hilfreich sein.

Das Berner Verwaltungsgericht hat die Anerkennung besonderer Umstände, die eine 1'000 m<sup>2</sup> übersteigende Fläche zulassen, im erwähnten Urteil nicht ausgeschlossen (ZBGR 2004, S. 40). Dort erachtete es die Abparzellierung einer Fläche von 1'298 m<sup>2</sup> inklusive Gebäude als angemessen. Es finden sich in der sehr spärlich veröffentlichten Rechtsprechung zur Abparzellierung zwei weitere Fälle, wo deutlich mehr als 1'000 m<sup>2</sup> abparzelliert worden sind: 1'595 m<sup>2</sup> im Kanton Zürich (BN 1996, 306) und 1'500 m<sup>2</sup> im Kanton Bern (Umschwung zu als Wohnhaus genütztem Bauernhaus [ZBGR 1998, S. 97]). Massgebend sollen stets nur objektive und nicht subjektive, personen- oder familienbezogene Gründe sein (vgl. Weisung des Eidgenössischen Grundbuchamtes, in: ZBGR 1994, S. 114 f.; BANDLI, a.a.O., N 7 zu Art. 60; BGE 125 III 175 Erw. 2c S. 179; Urteil KSB 2/95 des Kantonsgerichts Appenzel I.Rh. vom 17. Juli 1995 Erw. II 3b).

7. Der Beschwerdegegner wird in seiner neuen Entscheidung nicht nur zu entscheiden und zu begründen haben, ob die abzuparzellierende Fläche exklusive oder inklusive Gebäude berechnet wird, sondern auch ob das Argument mit der Gefahr nachbarrechtlicher Streitigkeiten wegen einer möglichen Grenzziehung durch den Garten ein objektiver Grund für eine grössere abzuparzellierende Fläche ist. Weiter wird er zu entscheiden und zu begründen haben, inwieweit Holzlagerungsbedürfnisse ein solcher objektiver Grund sein können. Schliesslich wird er zu entscheiden und zu begründen haben, ob die Tatsache, dass im Wohnhaus zwei Mietparteien wohnen, auf die abzuparzellierende Fläche einen Einfluss haben kann. Beim neuen Entscheid wird sich der Beschwerdegegner aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung mit den Abparzellierungsentscheidungen der jüngeren Vergangenheit auseinandersetzen haben und Kriterien für die Grösse der abzuparzellierenden Fläche im Sinne obiger Erwägungen zu definieren haben. Nicht ausgeschlossen erscheint, dass sich die Parteien im vorliegenden Fall auf die abzuparzellierende Fläche verständigen können.

## **Ermächtigungsverfahren; Ehrverletzung (Art. 9 Abs. 2 lit. a StPO)**

**Vor der Einleitung des Ermächtigungsverfahrens ist bei Ehrverletzungsdelikten zuerst das Vermittlungsverfahren durchzuführen.**

(...)

3. Nach Art. 4 Abs. 3 StPO dürfen von der Staatsanwaltschaft Strafverfahren gegen Beamte und Angestellte (Art. 110 Abs. 3 StGB) wegen strafbarer Handlungen, die ihre Amtsführung betreffen, nur mit Bewilligung der kantonsgerichtlichen Kommission für Entscheide in Strafsachen eröffnet werden. Art. 9 Abs. 2 lit. a StPO hält fest, dass die kantonsgerichtliche Kommission für Entscheide in Strafsachen die Gesuche der Gesuchstellerin zur Eröffnung von Strafverfahren gegen Beamte und Angestellte (Art. 110 Abs. 3 StGB) bezüglich strafbarer Handlungen, die ihre Amtsführung betreffen, zu entscheiden hat.

Unter Ermächtigung versteht man die Bewilligung zur Eröffnung eines Strafverfahrens. Diese Bewilligung ist eine positive Prozessvoraussetzung, welche bei Nichtvorliegen dazu führt, dass ein Strafverfahren erst gar nicht eingeleitet werden kann (SCHMID, Strafprozessrecht, Zürich 2004, § 33 N 532, § 34 N 537).

4. Gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO wird das Verfahren bei einer Ehrverletzung mit einem schriftlichen Antrag des Geschädigten beim Vermittler eingeleitet. Der Vermittler versucht, die Parteien zu versöhnen. Misslingt der Versuch und liegt innert zehn Tagen kein schriftlicher Rückzug des Antrags vor, stellt der Vermittler dem Antragsteller den Leitschein aus (Art. 115 Abs. 2 StPO). Zur Eröffnung einer Strafuntersuchung ist nach Art. 115 Abs. 3 StPO der Leitschein der Staatsanwaltschaft einzureichen.

Mit Urteil vom 7. Oktober 1993 hat das Kantonsgericht entschieden, dass die Dreimonatsfrist von Art. 29 aStGB (neu Art. 31 StGB) nur gewahrt wird, wenn innert dieser Frist der Leitschein dem Untersuchungsrichteramt (neu Staatsanwaltschaft) eingereicht wird. In diesem Urteil, das im Geschäftsbericht 1993 veröffentlicht worden ist, heisst es wörtlich: "Ganzheitlich beurteilt ist die Absicht des Gesetzgebers unzweideutig: Ein rechtzeitiger Strafantrag liegt nur vor, wenn er innert der Antragsfrist von Art. 29 StGB beim Untersuchungsrichteramt gestellt worden ist. Der Vermittler-Anruf vermag die dreimonatige Frist des Art. 29 StGB nicht zu wahren, weil der Geschädigte den Leitschein selbst dem Untersuchungsrichteramt weiterleiten muss und erst damit die Strafverfolgung endgültig und unbedingt in Gang gesetzt wird, so dass das Verfahren ohne weitere Erklärung des Antragstellers seinen Lauf nimmt. Für einen anderen Schluss liefern das Gesetz und die Materialien keinerlei Anhaltspunkte."

5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Strafuntersuchung bei Ehrverletzungstatbeständen nach dem Willen des Gesetzgebers erst mit der Einreichung des Leitscheins bei der Gesuchstellerin eröffnet werden kann. Dies zeigt sich auch in der Botschaft zur Totalrevision der Strafprozessordnung aus dem Jahr 1985. Dort wird auf S. 18 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Strafbehörden erst nach fehlgeschlagener Aussöhnung tätig werden. In der ersten Lesung im Grossen Rat wurde festgehalten, dass man dem Anzeiger mit der Regelung bewusst die Möglichkeit habe schaffen wollen, sich die Einleitung eines Strafverfahrens nochmals zu überlegen (vgl. Protokoll der Verfassungsrats-Session

vom 18./19. November 1985, S. 83). Erst im Zeitpunkt des Eingangs des Leitscheins bei der Gesuchstellerin kann diese ein Gesuch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a StPO stellen und anschliessend die angerufene Kommission über die Ermächtigung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 StPO befinden. Das Gesuch ist vorliegend verfrüht gestellt worden. Zuerst ist das Vermittlungsverfahren durchzuführen. Da das Schreiben des Anzeigers nicht direkt an die Kommission geschickt worden ist, kann sie dieses nicht gestützt auf Art. 46 GOG zuständigkeitshalber dem zuständigen Vermittler weiterleiten.

6. Der Gesetzgeber möchte mit dem Ermächtigungsverfahren durch den Schutz von Beamten und Angestellten vor unbegründeten, insbesondere trölerischen oder mutwilligen Strafanzeigen den reibungslosen Gang der Verwaltung sicherstellen (BGE 111 IV 37 Erw. 2b S. 39). Wenn diese Funktion des Ermächtigungsverfahrens bei Ehrverletzungstatbeständen erst nach Einreichung des Leitscheins zum Tragen kommt, ist darin für die Verwaltung kein erheblicher Nachteil zu erblicken. Ob ein Beamter nach Einleitung des Vermittlungsverfahrens seine Funktionen in Verfahren gegen den Anzeiger noch wahrnehmen kann, ist hier nicht zu entscheiden, aber die Zeitspanne zwischen Einleitung des Vermittlungsverfahrens und Einreichung des Leitscheins ist erfahrungsgemäss nicht sehr lang. Demgegenüber ist die gesetzliche Regelung aus der Sicht des Anzeigers insofern sinnvoll, als sich die Frage nicht stellt, was passiert, wenn das Ermächtigungsverfahren vor der Vermittlung stattfinden müsste und bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ermächtigungsverfahrens die Dreimonatsfrist nach Art. 31 StGB bereits abgelaufen wäre. Erfahrungsgemäss können sehr viele Ehrverletzungsverfahren im Stadium der Vermittlung durch Vereinbarung erledigt werden, was weiteren Verfahrensaufwand, z.B. mit einem Ermächtigungsverfahren bei Beamten und Angestellten als Beklagten, verhindern kann; dies dürfte denn auch einer der Gründe gewesen sein, die den Gesetzgeber zur dargestellten Regelung bewegen haben.

(Kantonsgerichtliche Kommission für Entscheide in Strafsachen,  
Bescheid KSE 2/08 vom 8. August 2008)