



KANTON  
APPENZELL INNERRHODEN

# **Geschäftsbericht über die Staatsverwaltung und Rechtspflege**

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

**Anhang**

**2011**

<b>Verwaltungs- und Gerichtsentscheide</b>	<b>1</b>
<b>1. Standeskommission</b>	<b>1</b>
1.1. Heilung eines Formmangels im Rechtsmittelverfahren	1
1.2. Verhältnismässigkeit des Abbruchs einer widerrechtlichen Baute	3
1.3. Einbezug von Baugebieten in einen Flurgenossenschaftskreis	5
1.4. Abstellen privater Motorfahrzeuge auf einer öffentlichen Erschliessungsstrasse	7
1.5. Umfang der Bewilligungszuständigkeit für Bauten ausserhalb der Bauzonen	9
1.6. Zulässigkeit von Stützmauern für Wohnzonen	11
1.7. Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers	13
<b>2. Gerichte</b>	<b>15</b>
2.1. Abbruch und Wiederaufbau eines Gebäudes im Gebiet mit traditioneller Streubauweise	15
2.2. Bestandesgarantie einer gestützt auf eine inhaltlich fehlerhafte Baubewilligung erstellten Baute	19
2.3. Bauliche Massnahmen an einer Alphütte, welche nach dem 1. Juli 1972 für landwirtschaftliche Wohnzwecke umgebaut und später in ein Ferienhaus umgenutzt worden ist	26
2.4. Datensperre im Autoindex	30
2.5. Eine Klage aus einer gebundenen Vorsorgepolice, welche für eine nicht erwerbstätige Person abgeschlossen worden ist, fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des kantonalen Vorsorgegerichts	33
2.6. Markenrecht: Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken APPENZELLER und Appenberger	35
2.7. Qualifikation einer erbvertraglichen Klausel, in welcher sich die Erblasser gegenseitig als Alleinerben einsetzen und verfügen, dass der Nachlass des Überlebenden anteilmässig an die Erben beider Ehegatten zufallen soll	46

- 2.8. Wiederherstellung der Frist nach Art. 33 Abs. 4 SchKG: Verschulden des Alleinaktionärs bei Versäumnis, die AG so zu organisieren, dass er die an den Sitz der AG zugestellte Betreibungsurkunde rechtzeitig zur Kenntnis nehmen und darauf zeitgerecht reagieren kann. 53
- 2.9. Beschwerde nach Art. 17 SchKG: Berufung auf das beneficium excussionis realis, wenn strittig ist, ob eine pfandgesicherte Forderung vorliegt oder nicht 56
- 2.10. Nichteintreten auf Gesuch um Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG) einer wegen Mängel in der Organisation aufgelösten Gesellschaft (Art. 731b OR). 58

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

Die Zahlen in 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

#### 1.1. Heilung eines Formmangels im Rechtsmittelverfahren

*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101*

*Art. 29 Abs. 2 BV: Eine geringfügige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Baubehörde kann im Verfahren vor der Rekursinstanz geheilt werden. Voraussetzungen für eine Heilung im Rekursverfahren.*

Aus den Verhandlungen der Standeskommission:

(...)

2.1. Die Rekurrenten erheben verschiedene Einwände formeller Natur. So hätten sie weder Einsicht in die entscheiderelevanten Akten gehabt noch sei der angefochtene Entscheid begründet gewesen. Sie rügen somit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV).

2.2. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Aus diesem Prinzip folgt, dass vor dem Erlass einer Verfügung den Betroffenen in der Regel Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung, namentlich zur Teilnahme an Augenscheinen und Einsicht in die Akten, zu geben ist. Der Rechtsunterworfenen soll nicht durch eine im Geheimen vorbereitete Verfügung einfach überrascht werden.

Ebenso leitet sich daraus die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (vgl. dazu BGE 127 I 56; 124 I 242; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, N. 1705).

2.3. Im vorliegenden Fall hat es die Vorinstanz versäumt, dem Rekurrenten vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung sämtliche Akten zur Stellungnahme zuzustellen.

Auch wenn vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen ist, führt dies nicht zwangsläufig zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung an die Vorinstanz. In Betracht zu ziehen ist die Möglichkeit der Hei-

lung des Verfahrensmangels durch die Rekursinstanz. Eine solche ist in einem Rechtsmittelverfahren möglich, wenn die Oberinstanz mit einer umfassenden und freien Überprüfungsbefugnis ausgestattet ist und die unterlassene Gehörs-gewährung tatsächlich in vollem Umfang nachgeholt wird. Ausserdem darf die Schwere sowie die Tragweite der Gehörsverletzung nicht besonders gravierend sein (vgl. dazu BGE 129 I 129; 126 I 68; 121 V 156; 120 V 362 f.; Merkli/Aeschli-mann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern 1997, N. 48 ff. zu § 8).

Die im vorliegenden Fall der Vorinstanz angelastete Gehörsverweigerung wiegt angesichts des Umstandes, dass vor dem Erlass der Verfügung am 15. Juni 2010 und 15. September 2010 Besprechungen im Beisein der Parteien sowie ei-ner Delegation des Bezirksrates und der Fachkommission durchgeführt worden sind, nicht besonders schwer. Anlässlich dieser Augenscheine sind die Rekur-renten nämlich darüber einwandfrei in Kenntnis gesetzt worden, dass die Höhe der Mauer durch ein Ingenieurbüro überprüft und dabei eine Höhenüberschrei-tung festgestellt worden ist. Ausserdem wurde auch die Einfügung der Mauer in das Ortsbild zur Diskussion gestellt. Die für den angefochtenen Entscheid rele-vanten Argumente sind damals offengelegt und thematisiert worden. Die Rekur-renten hatten somit anlässlich der besagten Augenscheine Gelegenheit, sich zu den wesentlichen Kritikpunkten zu äussern.

Aufgrund der Besprechungen vom 15. Juni 2010 und 15. September 2010 wus-sen die Rekurrenten unzweifelhaft, dass die Höhe der Stützmauer von den bewil-ligten Plänen abweicht. Auch wenn die Wiederherstellung des gesetzlichen Zu-standes damals offenbar nicht im Vordergrund stand, mussten sie aufgrund der Sachlage damit rechnen, dass eine solche Massnahme angeordnet werden kann. Die angefochtene Verfügung kann somit für die Rekurrenten keine Über-raschung darstellen.

Im Weiteren kann die Standeskommission gestützt auf Art. 13 und 19 VerwVG die angefochtene Verfügung frei und umfassend überprüfen, weshalb das von der Vorinstanz Versäumte tatsächlich auch nachgeholt wird. Einer Heilung des Verfahrensmangels steht damit nichts im Wege (vgl. dazu BGE 107 Ia 2 f.; ZBI 1989 S. 362).

- 2.4. Was die Rüge der mangelnden Begründung der angefochtenen Verfügung be-trifft, ist zu bemerken, dass eine Begründung dann den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV entspricht, wenn die Betroffenen durch sie in die Lage versetzt werden, die Tragweite einer Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kennt-nis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Viel-mehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte be-schränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die

Behörde leiten liess (vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 1706 und dort aufgeführte Bundesgerichtsentscheide).

Der angefochtene Entscheid genügt dieser Anforderung, denn aus ihm gehen sowohl der Sachverhalt als auch die rechtlichen Folgen in genügender Klarheit hervor. Ausserdem war den Rekurrenten aufgrund der Augenscheinverhandlungen vom 15. Juni 2010 und 15. September 2010 ohnehin im Voraus bekannt, weshalb der Bezirksrat so entschieden hat. Die Rekurrenten waren somit durchaus in der Lage, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen. Bezeichnenderweise haben sie denn auch die fragliche Verfügung mit Rekurs und einer entsprechenden Begründung angefochten. Der Vorwurf der mangelnden Begründung vermag somit nicht zu verfangen.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 221 vom 15. Februar 2011

## **1.2. Verhältnismässigkeit des Abbruchs einer widerrechtlichen Baute**

*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101)*

*Baugesetz vom 28. April 1985 (BauG, GS 700.000)*

*Art. 5 BV und Art. 74 BauG: Bei vorschriftswidrig erstellten Bauten kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur unter Beachtung der Verhältnismässigkeit angeordnet werden. Verletzt die erstellte Baute bauliche Tierschutzvorschriften, reicht diese Tatsache allein nicht zur Rechtfertigung einer Abbruchverfügung, wenn bauliche Anpassungen zur Einhaltung der Vorschriften genügen.*

Aus den Verhandlungen der Standeskommission:

(...)

3.1. Die angefochtene Verfügung muss auch aus einem weiteren Grund aufgehoben werden. Gemäss Art. 71 Abs. 3 BauG wird die Baubewilligung erteilt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und allfällige Einsprachen rechtskräftig erledigt sind. Bei Bauten und Anlagen, die ohne Bewilligung oder in Abweichung zu einer solchen erstellt oder betrieben werden, verfügt die Baubewilligungsbehörde des Bezirkes gestützt auf Art. 74 Abs. 1 BauG die sofortige Baueinstellung und das Einreichen eines Baugesuchs. Kann das nachträgliche Baugesuch nicht bewilligt werden, verfügt die Behörde nach der gleichen Vorschrift die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert einer angemessenen Frist. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Abbruchverfügung ist die materielle Rechtswidrigkeit der Baute.

Können Bauten und Anlagen aufgrund einer materiellen Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, folgt daraus noch nicht notwendigerweise, dass sie abgebrochen werden müssen. Vielmehr sind in jedem Fall die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu berücksichtigen, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Laut Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die vom Gesetzgeber oder von der Behörde gewählten Massnahmen für das Erreichen des gesetzlichen Ziels geeignet, notwendig und für den Betroffenen zumutbar sind. Der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln beziehungsweise zu den zu seiner Verfolgung notwendigen Beschränkungen stehen. Der Eingriff in Grundrechte darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich (vgl. dazu BGE 128 II 297f).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit der Beseitigung rechtswidriger Bauten besagt, dass eine Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtungsweise als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat unter anderem dann zu unterbleiben, wenn sich durch andere, weniger einschneidende Massnahmen, vor allem durch eine blosser Änderung der Baute oder durch das Beheben eines unzulässigen Verwendungszweckes, der rechtmässige Zustand herbeiführen lässt (vgl. dazu Balthasar Heer, a.a.o., N. 1210 und 1211; Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, zweite Auflage, 1985, S. 552). Ist eine Baute beispielsweise in Missachtung der Bundesgesetzgebung betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen oder - wie vorliegend - von baulichen Tierschutzvorschriften erstellt worden, vermag diese Tatsache für sich allein eine Abbruchverfügung des gesamten Gebäudes noch nicht zu rechtfertigen.

Der gänzliche Abbruch des Tierunterstands ist insbesondere dann unverhältnismässig, wenn es für die Einhaltung der baurechtlichen Ordnung genügen würde, bauliche Anpassungen an die Tierschutzvorschriften vorzunehmen. Da im vorliegenden Fall solche Anpassungen möglich sind, ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, diese vorzunehmen, ehe eine Abbruchverfügung erlassen wird.

(...)

### 1.3. Einbezug von Baugebieten in einen Flurgenossenschaftskreis

*Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210)*

*Art. 703 Abs. 3 ZGB: Der Kanton Appenzell I.Rh. hat von der Möglichkeit, die Bodenverbesserungsvorschriften gemäss Art. 703 ZGB auf Baugebiete auszudehnen, keinen Gebrauch gemacht. Sie gelten daher nur für landwirtschaftliche Zwecke und landwirtschaftliche Liegenschaften. Die Gründung einer Flurgenossenschaft zur Verbesserung der Verhältnisse in der Bauzone ist ausgeschlossen.*

Aus den Erwägungen der Ständekommission:

(...)

- 2.2. Können Bodenverbesserungen wie Gewässerkorrekturen, Entwässerungen, Bewässerungen, Aufforstungen, Weganlagen, Güterzusammenlegungen und dergleichen nur durch ein gemeinschaftliches Unternehmen ausgeführt werden, und hat die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des beteiligten Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt, sind laut Art. 703 ZGB die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet. Die Kantone haben das diesbezügliche Verfahren zu ordnen.

Der Kanton Appenzell I.Rh. ist dieser Vorschrift mit dem Erlass des Flurgenossenschaftsgesetzes nachgekommen. Laut Art. 703 Abs. 3 ZGB kann die kantonale Gesetzgebung die Bodenverbesserungsvorschriften auch für die Erschliessung von Baugebieten als anwendbar erklären, wovon jedoch der Kanton Appenzell I.Rh. keinen Gebrauch gemacht hat.

- 2.3. Bei den Bodenverbesserungen im Sinne von Art. 703 Abs. 1 ZGB handelt es sich um gemeinschaftlich ausgeführte Massnahmen oder gemeinsam erstellte Werke und Anlagen mit dem hauptsächlichen Zweck, in einem bestimmten Gebiet direkt oder indirekt die Ertragsfähigkeit des Bodens zu erhalten oder zu erhöhen und dessen Bewirtschaftung zu erleichtern. Derartige Massnahmen sind gemäss Lehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann Bodenverbesserungen gemäss Art. 703 Abs. 1 ZGB, wenn sie der Landwirtschaft dienen (vgl. dazu Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, das Sachenrecht, Zürich 1977, N. 1 zu Art. 703; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, N. 1, 4 und 5 zu Art. 703; BGE 99 Ib 331 E. 7). Aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters von Art. 703 Abs. 1 ZGB kann für eine Definition sowohl auf Art. 77 Abs. 1 des alten Landwirtschaftsgesetzes vom 3. Oktober 1951 (vgl. dazu BGE 99 Ib 330 E. 6) als auch auf die heute geltenden Art. 94 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (LwG) und Art. 14 Abs. 1 der Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (SVV) verwiesen werden (vgl. dazu Basler Kommentar, a.a.O., N. 4 zu Art. 703). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist mit Rücksicht darauf, dass mit dem Zwangsbeitritt gemäss Art. 703 Abs. 1 ZGB in das Eigentum des Einzelnen eingegriffen wird, bei der Beurteilung, ob eine Bodenverbesserungsmassnahme im landwirtschaftlichen Interesse liegt, ein strenger Massstab anzulegen (vgl. dazu BGE 99 Ib 331 E. 7. a.).



- 2.4. Im vorliegenden Fall ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass acht Grundstücke, (...), mit einer Fläche von insgesamt 17'867 m<sup>2</sup> in das Beteiligtenverzeichnis aufgenommen worden sind. Davon sind die Parzellen Nr. (...) der Landwirtschaftszone und die übrigen Parzellen der Wohnzone W2 zugeteilt. Die Parzellen Nr. (...), also 77.47% der Gesamtfläche, werden landwirtschaftlich genutzt. Das Land- und Forstwirtschaftsdepartement kam deshalb in seiner Stellungnahme zum Schluss, dass die geplante Sanierung zum überwiegenden Teil der Verbesserung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung diene.

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass der jetzige Ausbaustand des Weges für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung genügend erscheint. Das gemähte Gras oder das geerntete Heu können problemlos mit landwirtschaftlichen Motorfahrzeugen über den bestehenden Weg abtransportiert werden. Die vorgesehene Sanierung des Weges, welcher übrigens nicht ausgemarct ist und sich in privatem Eigentum befindet, dient in erster Linie den nicht landwirtschaftlich und für gewöhnliche Wohnzwecke genutzten Grundstücken. Weder eine Staubfreimachung noch eine Befestigung der Strassenoberfläche führt zu einer spürbaren Verbesserung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung. Ein hinreichendes landwirtschaftliches Interesse ist somit nicht gegeben (vgl. dazu BGE 99 Ib 331 E. 7b). Ein solches ist im Gesuch denn auch nicht geltend gemacht worden. Im Gegenteil, dieses ist lediglich mit der Verbesserung der Erschliessungssituation und der Vermeidung von Staubimmissionen der nicht landwirtschaftlich genutzten Grundstücke begründet worden.

Da der Kanton Appenzell I.Rh. von der Ermächtigung nach Art. 703 Abs. 3 ZGB, wonach die Bodenverbesserungsvorschriften auch auf Baugebiete ausgedehnt werden können, keinen Gebrauch gemacht hat, können die in der Wohnzone W2 gelegenen und somit auch die der Rekurrentin gehörende Parzelle nicht Gegenstand einer Flurgenossenschaft im Sinne von Art. 703 Abs. 1 ZGB sein, und zwar selbst dann nicht, wenn für die übrigen sich in der Landwirtschaftszone befindlichen Grundstücke ein hinreichendes landwirtschaftliches Interesse bejaht werden müsste. Der Einbezug der rekurrentischen Parzelle ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht möglich.

- 2.5. Aufgrund des Gesagten sind die Voraussetzungen weder zur Gründung einer Flurgenossenschaft noch zum Einbezug der rekurrentischen Parzelle in den Flurgenossenschaftskreis gegeben, was zur Gutheissung des Rekurses und zur Aufhebung des Zustimmungsbeschlusses des Bezirksrates führen muss. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass in Fällen wie dem vorliegenden die angestrebte Verbesserung der strassenmässigen Erschliessung von Liegenschaften entweder aufgrund der Strassengesetzgebung oder aber mit privatrechtlichen Instituten wie der Gründung einer Weggemeinschaft im Rahmen einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR) zu bewerkstelligen ist. Die Gründung einer einfachen Gesellschaft kann jedoch weder von der Standeskommission noch vom Bezirksrat eingeleitet und zwangsweise durchgesetzt werden, da es sich um eine privatrechtliche Angelegenheit handelt.

(...)

#### 1.4. Abstellen privater Motorfahrzeuge auf einer öffentlichen Erschliessungsstrasse

*Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01)*

*Art. 3 Abs. 4 SVG: Auf nicht dem Durchgangsverkehr dienenden Strassen ist ein Parkverbot nur insoweit gerechtfertigt, als es die Sicherheit und die Verkehrsabwicklung erfordern. Für die anstossenden Grundeigentümer besteht kein Rechtsanspruch, die bisher als Autoabstellplatz genutzte öffentliche Strassenfläche auch inskünftig zu diesem Zweck zu nutzen.*

Aus den Erwägungen der Ständekommission:

(...)

3.1. Gemäss Art. 3 Abs. 2 SVG sind die Kantone befugt, für bestimmte Strassen, welche den öffentlichen Verkehrsflächen im Sinne der Strassenverkehrsgesetzgebung zuzuordnen sind, Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Im Kanton Appenzell I.Rh. wurde diese Befugnis gestützt auf Art. 1 Abs. 1 EG SVG dem Justiz-, Polizei- und Militärdepartement übertragen.

Nach Art. 3 Abs. 3 SVG kann der Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr auf Strassen, die nicht dem allgemeinen Durchgangsverkehr geöffnet sind, vollständig untersagt oder zeitlich beschränkt werden. Andere Beschränkungen oder Anordnungen, so genannte funktionelle Verkehrsbeschränkungen, können gestützt auf Art. 3 Abs. 4 erster Satz SVG unter anderem erlassen werden, wenn die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Zu den in Art. 3 Abs. 4 SVG angesprochenen Beschränkungen oder Anordnungen gehören auch solche über den ruhenden Verkehr, also über das Parkieren.

Die im Allgemeinen gültigen Regeln über das Parkieren sind vor allem in Art. 37 Abs. 2 SVG sowie Art. 19, Art. 20 und Art. 41 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV) enthalten. Von diesen generellen Regeln abzuweichen sind die Kantone befugt, wenn die Bedingungen von Art. 3 Abs. 4 SVG erfüllt sind.

3.2. Nimmt das Gemeinwesen eine Beschränkung des bisherigen Parkraums vor, hat es sich an die in Art. 3 Abs. 4 SVG angeführten Gründe zu halten. Da bei der Anwendung der Generalklausel von Art. 3 Abs. 4 erster Satz SVG ein erheblicher Gestaltungsspielraum offen steht, muss das verfolgte Ziel durch öffentliche Interessen gedeckt sein, die über das entgegenstehende private Interesse an einer möglichst liberalen Fahr- und Parkordnung überwiegt oder doch von erheblicher Bedeutung ist. Dies ist im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände abzuklären. Immerhin ist aber davon auszugehen, dass grundsätzlich kein Rechtsanspruch, etwa aus der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit oder gar der persönlichen Freiheit, auf Beibehaltung einer bestimmten Nutzung öffentlicher Verkehrsflächen im Sinne der Strassenverkehrsgesetzgebung besteht (vgl. dazu Schaffhauser, Grundriss des Schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Auflage, Bern 2002, N. 86 f.). Grundsätzlich steht demnach weder einem Un-

ternehmen noch einem Grundeigentümer ein Anspruch zu, auf öffentlichem Grund oder auf einer öffentlichen Verkehrsfläche Fahrzeuge parkieren zu können. Insbesondere ist es nicht Sache des Gemeinwesens und der Öffentlichkeit, für private Fabrikationsstätten, Dienstleistungsbetriebe, Verkaufsgeschäfte etc. in unmittelbarer Nähe Strassenflächen für längerfristiges Parkieren von Fahrzeugen zur Verfügung zu stellen.

- 3.3. Zum gleichen Schluss führt auch die Betrachtung dieser Problematik unter dem Blickwinkel des Instituts des Gemeingebrauchs und des gesteigerten Gemeingebrauchs. Gemäss Lehre und Rechtsprechung stellt kurzfristiges Parkieren auf öffentlichem Grund schlichten oder gewöhnlichen Gemeingebrauch, länger dauerndes Parkieren gesteigerten Gemeingebrauch dar (vgl. dazu Jaag, Gebührenpflichtiges Parkieren auf öffentlichem Grund, in: AJP 1994, S. 183; BGE 122 I 279 ff. und dort aufgeführte Literatur). Laut Art. 10 und Art. 11 des Strassengesetzes vom 26. April 1998 (StrG) kann der gewöhnliche und gesteigerte Gemeingebrauch von Strassen durch den Eigentümer im öffentlichen Interesse beschränkt oder aufgehoben werden. Die Beschränkung sowohl des schlichten als auch des gesteigerten Gemeingebrauchs ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn dies aus Gründen der Verkehrssicherheit und eines geordneten Verkehrsablaufs erforderlich ist.
- 4.1. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der fraglichen Strasse zum einen um eine öffentliche Verkehrsfläche im Sinne der Strassenverkehrsgesetzgebung und zum anderen um eine rund 5 m breite Sackgasse, die als Zufahrt zu Wohnbauten und zum Werkgelände der Firma A dient. Sie wird auch von grösseren Fahrzeugen wie Lastwagen oder Lieferwagen benutzt. Ausserdem wird sie von den Anstössern als Abstellfläche für ihre Motorfahrzeuge verwendet. Da die Motorfahrzeuge in der Regel für längere Zeit abgestellt bleiben, muss entgegen der Auffassung der Rekurrentin von einer Dauerparkierung ausgegangen werden.
- 4.2. Für die Beurteilung der Frage, ob das im Streite liegende Parkierungsverbot erforderlich und verhältnismässig ist, ist der Umstand massgebend, dass es sich bei der Strasse nicht um eine stark frequentierte Durchgangsstrasse, sondern um eine kurze Sackgasse handelt, die lediglich der Erschliessung ein paar weniger Wohnbauten und teilweise des Werkareals der Firma A dient. Sie wird deshalb auch nicht rege von Motorfahrzeugen benutzt. Da sie gradlinig verläuft, ist sie übersichtlich. Ihre Ausbaubreite von 5 m lässt das Abstellen von Motorfahrzeugen grundsätzlich zu. Sofern die Fahrzeuge, wie dies bisher der Fall gewesen ist, am nördlichen Rand der Strasse abgestellt werden, ist ein Durchkommen für andere motorisierte Verkehrsteilnehmer, selbst für grössere Fahrzeuge, möglich. Die Zufahrt zu den hinterliegenden Gebäulichkeiten wird also durch derart parkierte Automobile nicht erheblich behindert. Kreuzungsmanöver bringen wegen der hohen Übersichtlichkeit und der Kürze der massgeblichen Strecke keine nennenswerten Schwierigkeiten oder Verzögerungen. Kleinere Wartezeiten erscheinen demgegenüber zumutbar.

Bisher konnte der Schneebruch in der Regel gut bewältigt werden, weil die Leute nach grossen Schneefällen häufig selber vorübergehend auf das Parkieren am Strassenrand verzichten haben. Zur Sicherung eines geordneten Schneebruchs wäre zudem auch denkbar, dass die Polizei kurzfristig Parkverbotstafeln aufstellt.

Aufgrund des Gesagten wird mit der heutigen Parkierungspraxis im fraglichen Strassenabschnitt weder der Verkehrsfluss noch die Verkehrssicherheit erheblich in Mitleidenschaft gezogen. Der bisherige Winterdienst war in vielen Fällen möglich. Zudem kann die Sicherung des Winterdienstes mit weniger einschneidenden Mitteln als einem generellen Parkverbot angegangen werden. Diese Umstände lassen das verfügte Parkierungsverbot als nicht zwingend erforderlich erscheinen. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 113 vom 18. Januar 2011

### **1.5. Umfang der Bewilligungszuständigkeit für Bauten ausserhalb der Bauzonen**

*Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700)*

*Art. 24c RPG: Über die Änderung einer bestandesgeschützten zonenwidrigen Baute ausserhalb der Bauzonen entscheidet das Bau- und Umweltsdepartement als einzige Behörde und ausschliesslich. Der raumplanerische Entscheid beurteilt auch die Einpassung der vorgesehenen Änderung in die Umgebung abschliessend. Die örtliche Baubewilligungsbehörde kann keine zusätzlichen Gestaltungsauflagen in die Baubewilligung nehmen.*

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

2. Das vom Bauvorhaben betroffene Wohnhaus liegt in der Landwirtschaftszone und dient nichtlandwirtschaftlichen Wohnzwecken. Gestützt auf Art. 16a Abs. 1 RPG sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produktiven Gartenbau nötig sind. Da das Wohnhaus weder der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung noch dem Gartenbau dient, ist das Wohnhaus nicht zonenkonform. Auch daran vorgenommene Massnahmen können demgemäss nicht zonenkonform sein.
- 3.1. Ist die Zonenkonformität des zur Diskussion stehenden Bauvorhabens nicht gegeben, ist aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse zu prüfen, ob es allenfalls gestützt auf Art. 24c RPG bewilligungsfähig ist.

Bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, werden aufgrund von Art. 24c Abs. 1 RPG in ihrem Bestand geschützt. Solche Bauten und Anlagen können nach Abs. 2 des gleichen Artikels mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wieder aufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. Laut Art. 41 RPV ist Art. 24c RPG anwendbar auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, die jedoch durch die nachträgli-

che Änderung von Erlassen oder Plänen zonenwidrig geworden sind. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gelten als "seinerzeit" erstellte Bauten und Anlagen in erster Linie solche, die vor dem 1. Juli 1972, das heisst vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung errichtet wurden. Mit diesem Gesetz wurde nämlich erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vorgenommen (vgl. dazu Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N. 4 zu Art. 24c und dort aufgeführte Gerichtsentscheide).

- 3.2. Gegenstand des Baugesuches ist ein Wohnhaus, welches gemäss Aktenlage bereits vor dem 1. Juli 1972 nicht mehr landwirtschaftlichen Zwecken diente. Demnach fällt das bestehende zonenwidrige Wohnhaus unter den Bestandeschutz nach Art. 24c RPG.

Nach Art. 24c Abs. 2 RPG sind Änderungen und Erneuerungen von in ihrem Bestand geschützten zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzonen dann zugelassen, wenn sie mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar sind. Diese Vorschrift wird in Art. 42 Abs. 1 RPV präzisiert. Demnach sind Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, dann zulässig, wenn die Identität der Baute oder der Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Ob dies erfüllt ist, ist nach Art. 42 Abs. 3 RPV unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen.

- 4.1. Laut Art. 25 Abs. 2 RPG entscheidet die zuständige kantonale Behörde bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist abzuleiten, dass eine einzige kantonale Behörde diese wichtige Frage zu beantworten hat. Dasselbe ergibt sich auch aus der generellen Zuständigkeitsregelung von Art. 2 des Baugesetzes vom 28. April 1985 (BauG). In Gebieten ausserhalb der Bauzonen ist nämlich gestützt auf Art. 2 Abs. 8 BauG einzig das Bau- und Umweltdepartement für die Bewilligungserteilung zuständig. In Art. 63 Abs. 2 BauG wird folgerichtig festgelegt, dass alle zonenfremden Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen eine raumplanerische Bewilligung des Bau- und Umweltdepartements im Sinne von Art. 24 ff. RPG erfordern. Zu diesen raumplanerischen Bewilligungen zählt auch die Bewilligung der Änderung einer bestandesgeschützten zonenwidrigen Baute ausserhalb der Bauzonen gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG.

Allein das Bau- und Umweltdepartement ist demgemäss für die Beurteilung der Frage zuständig, ob die vorgesehene Sanierung des strittigen Wohnhauses den wichtigen Anliegen der Raumplanung Rechnung trägt. Er hat zu prüfen, ob die Identität des Wohnhauses einschliesslich seiner Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt.

- 4.2. Im Gesamtentscheid vom 24. August 2010 hat das Bau- und Umweltdepartement die raumplanerische Bewilligung für die Sanierung des bestehenden zonenwidrigen Wohnhauses gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG erteilt. Es schloss aufgrund der Projektunterlagen, dass die Sanierung das äussere Erscheinungsbild des Wohnhauses einschliesslich seiner Umgebung nicht oder doch nur unbedeutend verändern wird. Es hat nach Würdigung der gesamten Umstände gemäss Art. 42 Abs. 3 RPV ausdrücklich festgestellt, dass die Identität des beste-

henden Hauses mit der Sanierung in der Hauptsache wesensgleich bleibt. Der Entscheid wurde der örtlich zuständigen Baubewilligungsbehörde weitergeleitet, welche ihn gemeinsam mit dem eigenen baupolizeilichen Entscheid dem Baugesuchsteller zu eröffnen hat (Art. 70a Abs. 4 der Verordnung zum Baugesetz vom 17. März 1986; BauV).

- 4.3. Die im Rahmen des Vollzugs der Baugesetzgebung und der örtlichen Baupolizei für die Erteilung der Baubewilligung zuständige Bezirksbehörde hat in ihren baupolizeilichen Bedingungen vom Baugesuchsteller verlangt, die geplanten neuen Fenster und die Balkontüre mit Sprossen zu unterteilen, um das Bauprojekt an die umliegenden Häuser anzupassen. Die Bezirksbehörde hat dabei übersehen, dass das Bau- und Umweltdepartement im Gesamtentscheid in eigener Zuständigkeit und abschliessend beurteilt, ob ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen zonenkonform ist oder ob für dieses eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Da die Bezirksbehörde für Umbauten von bestandesgeschützten Bauten ausserhalb der Bauzonen nicht zuständig ist, kommt der vom Rekurrenten angefochtenen Auflage des Anbringens von Fenstersprossen in der Baubewilligung keine Rechtswirkung zu. Der Rekurs wird gutgeheissen. Die angefochtene Auflage ist aus der Baubewilligung zu streichen.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 219 vom 15. Februar 2011

## 1.6. Zulässigkeit von Stützmauern für Wohnzonen

*Baugesetz vom 28. April 1985 (BauG, GS 700.000)*

*Art. 51 Abs. 1 BauG: Stützmauern sind für die Überbauung einer Bauparzelle in einer Hanglage grundsätzlich zulässig, sofern die Baute harmonisch dem gewachsenen Terrain angepasst wird. Demgegenüber stellt die Anpassung des Geländes an einen Neubau mit massiven Stützmauern und steilen Böschungen keine ausreichende Eingliederung in die bauliche und landschaftliche Umgebung dar.*

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

(...)

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG) und Art. 51 Abs. 1 BauG sind Bauten in Höhe, Baumassenverteilung und Farbgebung sowie bezüglich Umgebungsgestaltung in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einzugliedern und dürfen das Landschafts-, Orts- und Strassenbild oder dessen Charakter nicht wesentlich beeinträchtigen. Diese grundsätzlichen Vorschriften werden im vorliegenden Fall durch das Quartierplanreglement verschärft. Laut Art. 3 des Quartierplanreglements bezweckt der Quartierplan die Erstellung einer gut in das Orts- und Landschaftsbild eingepassten Überbauung. In Ausführung des Zweckartikels schreibt Art. 6 Abs. 1 des

Quartierplanreglements denn auch vor, dass Bauten und Anlagen, insbesondere bezüglich Massstab, architektonischem Ausdruck, Gliederung, Materialwahl, Farbgebung, in sich und untereinander zu genügen und eine gute Gesamtwirkung und Einfügung in das Orts- und Landschaftsbild zu erzielen haben. Ausserdem ist der Abstimmung auf die ortstypischen Bauten ausreichende Beachtung zu schenken. Im Weiteren schreibt Art. 8 Abs. 1 des Quartierplanreglements vor, dass Geländeänderungen und Stützbauwerke dem gewachsenen Terrain möglichst harmonisch anzupassen und auf das minimal notwendige Mass zu beschränken sind.

Ob ein Bauprojekt den Anforderungen der erwähnten Vorschriften entspricht, ist nach objektiven und grundsätzlichen Kriterien zu prüfen, wobei es weder auf den Eindruck besonders empfindsamer Personen noch auf das Volksempfinden ankommt. Der rechtsanwenden Behörde bleibt ein erheblicher Beurteilungsspielraum offen. Das Mass des Beurteilungsspielraumes wird unter anderem durch die vorbestehende Bauweise begrenzt (vgl. dazu Dilger, Raumplanungsrecht der Schweiz, 1982, N. 28 und 31). Bauten und Anlagen fügen sich dann in die Umgebung ein, wenn sie das Gesamtbild nicht nachteilig verändern.

(...)

Nicht zu befriedigen vermag die Umgebungsgestaltung. Zur Stabilisierung des Geländes sind verschiedene Stützmauern und Böschungen vorgesehen, die sich vom früheren Projekt nur unwesentlich unterscheiden. Die Mauern und steilen Böschungen werden nur erstellt, damit das Haus die unterliegenden Bauten im Interesse der Aussicht so weit als möglich überragt.

Stützmauern und Böschungen sind in Hanglagen unentbehrlich, weshalb deren Erstellung gemäss Art. 32 der Bauverordnung vom 17. März 1986 (BauV) grundsätzlich zulässig sind. Laut Art. 8 Abs. 1 des Quartierplanreglements haben sich diese allerdings möglichst harmonisch dem gewachsenen Terrain, also dem ursprünglichen Geländeverlauf anzupassen.

Vorliegend kann nicht von einer entsprechend gestalteten und dem natürlichen Geländeverlauf angepassten Terrain- und Umgebungsgestaltung gesprochen werden. Die geplanten Terrassierungen und Stützmauern stehen zum gewachsenen Terrain in keinem harmonischen Verhältnis.

Es muss festgestellt werden, dass im vorliegenden Fall nicht, wie vom Quartierplan gefordert, das Gebäude dem Gelände angepasst ist, sondern umgekehrt das Gelände dem Gebäude angepasst werden soll.

(...)

## 1.7. Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers

*Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20)*

*Art. 62 lit. c AuG: Präzisierung der Voraussetzung für den Widerruf von Bewilligungen für Ausländer bei erheblichen und wiederholten Verstössen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz.*

Aus den Erwägungen der Ständekommission:

(...)

3. Der Rekurrent ist seit dem 1. März 2001 im Besitz der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 33 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG). Solche Bewilligungen sind nach Art. 3 Abs. 3 AuG befristet und können verlängert werden, wenn keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen.

Gemäss Art. 62 lit. c AuG kann die zuständige Behörde Bewilligungen, ausgenommen die Niederlassungsbewilligung, und andere Verfügungen nach dem genannten Gesetz widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Aufgrund von Art. 33 Abs. 3 AuG sind die Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG auch für die Beurteilung der Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen massgebend (vgl. dazu Caroni/Gächter/Thurnherr, a.a.O., N.14 zu Art. 62).

Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 62 lit. c AuG liegt laut Art. 80 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbsfähigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) unter anderem insbesondere vor bei Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen (lit. a) und bei mutwilliger Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (lit. b). Laut Abs. 2 des gleichen Artikels liegt eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betreffenden Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt. Art. 62 lit. c AuG setzt im Gegensatz zu lit. b des gleichen Artikels nicht zwingend eine strafrechtliche Verurteilung voraus. Mit der offenen Formulierung in Art. 80 Abs. 1 lit. a VZAE wird zum Ausdruck gebracht, dass auch das Vorliegen mehrerer Verstösse, die je für sich allein genommen für einen Widerruf nicht ausreichen, Grund für einen Bewilligungsentzug bilden kann. Dies gilt insbesondere, wenn die betroffene Person mit ihrem negativen Verhalten objektiv zeigt, dass sie auch künftig weder willens noch fähig ist, sich in die geltende Rechtsordnung einzufügen. Darunter können etwa die gehäufte Verurteilung zu geringfügigeren Freiheitsstrafen oder auch Geldstrafen fallen



(vgl. dazu Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, Basel, 2009, N.8.29 zu § 8).

4. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Rekurrent mehrfach und wiederholt gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet hat. Die Summe dieser Verstösse wiegt schwer und ist mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht vereinbar. Zu Ungunsten des Rekurrenten spricht zudem der Umstand, dass die von ihm begangenen Delikte im Verlaufe der Zeit immer schwerer geworden sind. Richteten sich die ersten Delikte noch gegen fremdes Eigentum (Sachbeschädigungen und Diebstahl), ist mit fortdauernder Delinquenz eine Verlagerung zu schweren Straftaten feststellbar, die sich gegen Leib und Leben richteten. Dabei ist auffallend, dass sich die verübten Gewalttätigkeiten ausschliesslich gegen männliche Schweizer gerichtet haben.

Es kommt hinzu, dass dem Rekurrenten seitens des Amtes für Ausländerfragen durch eine zweimalige Verwarnung (am 26. Juni 2006 und am 6. Juli 2009) Bewährungschancen eingeräumt wurden, die zu nutzen er nicht gewillt oder nicht fähig war. Dessen ungeachtet delinquierte er weiter, und zwar mit zunehmender Brutalität und Skrupellosigkeit. Das gesamte bisherige Verhalten, insbesondere seine Uneinsichtigkeit, lassen darauf schliessen, dass er weder gewillt noch fähig ist, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen. Vielmehr geht von ihm eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus. Die verübten Straftaten können nicht – wie der rekurrentische Anwalt weismachen will – als gerade noch entschuldbare Handlungen eines pubertierenden Jugendlichen bezeichnet werden. Aufgrund seiner intensiven, und teilweise gefährlichen Kriminalität ist ein öffentliches Interesse an der Wegweisung des Rekurrenten aus dem Gebiet der Schweiz zweifellos in hohem Masse gegeben.

5. Im Hinblick auf einen Widerruf oder eine Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung hat die zuständige Behörde bei der Ermessensausübung neben den öffentlichen Interessen auch jene des betroffenen Ausländers am Verbleib in der Schweiz zu berücksichtigen. In die Abwägung einzubeziehen sind insbesondere die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration.

Die 10-jährige Aufenthaltsdauer in der Schweiz spricht unbestrittenermassen zugunsten von X. Dem steht jedoch gegenüber, dass er bereits als Jugendlicher mit 13 Jahren straffällig geworden ist und seither regelmässig delinquierte. Auch ist davon auszugehen, dass er sehr schlecht in der Schweiz integriert ist. Da er am 27. April 2011 volljährig geworden ist, ist es ihm zumutbar, die Schweiz zu verlassen und nach Mazedonien zurückzukehren. Aus den Akten des Ausländeramtes geht zudem hervor, dass er in Mazedonien Verwandte hat, bei denen er unterkommen kann. Aufgrund der Akten steht auch fest, dass er mit seiner Familie regelmässig die Ferien in Mazedonien verbracht und dort regelmässige Kontakte gepflegt hat. Dementsprechend verfügt er auch über die notwendigen Sprach- und Ortskenntnisse, um sich in Mazedonien zu reintegrieren.

(...)

Standeskommissionsbeschluss Nr. 593 vom 10. Mai 2011  
Beschwerde beim Verwaltungsgericht wurde abgewiesen.

### 3. Gerichte

#### 2.1 **Abbruch und Wiederaufbau eines Gebäudes im Gebiet mit traditioneller Streubauweise**

- I. 1. X beabsichtigt, sein Doppeleinfamilienhaus abzurechen und wieder aufzubauen. Dieses steht in der Landwirtschaftszone und im Gebiet mit traditioneller Streubauweise im Sinne von Art. 39 Abs. 1 RPV. Das Haus diente noch nach 1972 landwirtschaftlichen Zwecken. Zwischenzeitlich ist der landwirtschaftliche Betrieb aufgegeben worden. Der Neubau soll weder der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung noch dem produzierenden Gartenbau oder entsprechenden Wohnzwecken dienen, weshalb er nicht zonenkonform ist.
2. Das Bau- und Umweltdepartement lehnte mit Entscheid vom 3. April 2009 die gegen dieses Bauvorhaben von Y und dem Schweizer Heimatschutz eingereichten Einsprachen ab.
3. Mit Entscheid vom 15. Dezember 2009 wies die Standeskommission den Rekurs des Schweizer Heimatschutzes und von Y vom 15. Mai 2009 gegen den Entscheid des Bau- und Umweltdepartements Appenzell I.Rh. vom 3. April 2009 betreffend Abbruch und Wiederaufbau des Gebäudes sowie gegen die diesbezügliche Baubewilligung des Bezirksrates Z vom 7. Mai 2009 vollumfänglich ab.
4. Sowohl der Schweizer Heimatschutz (nachfolgend: Beschwerdeführer 1) als auch Y (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) erhoben am 4. Februar 2010 gegen den Rekursentscheid der Standeskommission vom 15. Dezember 2009 Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

(...)

#### III. 3.a.(...)

- b. Gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a RPV können die Kantone in Gebieten mit traditioneller Streubauweise, die im kantonalen Richtplan räumlich festgelegt sind und in denen die Dauerbesiedlung im Hinblick auf die anzustrebende räumliche Entwicklung gestärkt werden soll, die Änderung der Nutzung bestehender Bauten, die Wohnungen enthalten, zu landwirtschaftsfremden Wohnzwecken als standortgebunden bewilligen, wenn sie nach der Änderung ganzjährig bewohnt werden.

Die Standeskommission würdigt das Streusiedlungsgebiet gemäss Art. 39 RPV als Sonderbauzone mit beschränkten Baumöglichkeiten. In der Lehre wird Art. 39 RPV, welcher eine Ausnahmeregelung für Bauten in Streusiedlungsgebieten trifft, als besonderer Fall der Standortgebundenheit – also als Spezialnorm der ordentlichen Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG – angesehen (vgl. KARLEN, Die Ausnahmegewilligung nach Art. 24-24d RPG, System der neuen Regelung, ZBI 6/2001, S. 293 f.; vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (HRSG.), Kommentar zum RPG, Zürich 2009, Vorbemerkungen zu Art. 24-24d und 37a RPG N 20). Die Standortgebundenheit wird durch die Lage im durch

den kantonalen Richtplan festgelegten Streusiedlungsgebiet ersetzt, ein Nachweis der Standortgebundenheit gemäss Art. 24 lit. a RPG sei im konkreten Fall nicht erforderlich und es handle sich im Grund um eigenständige, an Richtplanfestsetzungen geknüpfte Ausnahmetatbestände und nicht um eine Verdeutlichung von Art. 24 RPG (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (HRSG.), a.a.O., Art. 24, N 14). Art. 39 RPV weist demnach sowohl eine planungsrechtliche Komponente (Notwendigkeit der Zonenfestlegung via Richtplan) als auch eine bewilligungsrechtliche Komponente (ganzjähriges Bewohnen als Voraussetzung der Standortgebundenheit) auf.

Jedenfalls handelt es sich bei Art. 39 RPV um einen eigenständigen Ausnahmetatbestand, welcher losgelöst von den übrigen Ausnahmetatbeständen, insbesondere auch demjenigen von Art. 24d Abs. 1 RPG, zur Anwendung gelangt. Art. 24d RPG in Verbindung mit Art. 42a RPV regelt nämlich, dass landwirtschaftliche Bauten trotz fehlender Zonenkonformität auch zu landwirtschaftsfremder Wohnnutzung ausnahmsweise zugelassen werden können. Das Ziel dieser Regelung besteht in der sinnvollen und möglichst raum- und landschaftsverträgliche Weiterverwendung ehemaliger landwirtschaftlicher Wohnbauten, um deren Leerstehen zu vermeiden (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1A.134/2002 vom 17. Juli 2003; Urteil des Verwaltungsgerichts St.Gallen B 2006/94 vom 14. September 2006). Sind diese Bauten nicht mehr zu Wohnzwecken geeignet, sollen sie auch nicht mehr erneuert werden, ausser eben zu landwirtschaftlichen Wohnzwecken, ist doch die Landwirtschaftszone im Grundsatz nur für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung reserviert. Art. 39 RPV hingegen räumt den Kantonen die Möglichkeit ein, Gebiete ausserhalb der Bauzone gerade zum Zweck der dauernden Besiedlung dem Streusiedlungsgebiet zuzuweisen und darin Bauten zuzulassen, wenn sie ganzjährig bewohnt werden. Der Kanton Appenzell I.Rh. hat mit Erlass von Art. 65a ff. BauV von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Eine analoge Anwendung der Ausführungsvorschriften von Art. 24d RPG auf Bauvorhaben in raumplanungsrechtlich ausgeschiedenen Gebieten mit traditioneller Streubauweise würde dem Sinn und Zweck der traditionellen und im Richtplan speziell ausgeschiedenen Streusiedlungsgebiete geradezu widersprechen.

c. (...)

4. a. Das heute geltende Raumplanungsrecht folgt trotz des gewandelten äusseren Erscheinungsbilds in materieller Hinsicht der gleichen raumplanungsrechtlichen Konzeption wie die alte Ordnung. Art. 24 Abs. 2 aRPG, welcher bis zum 31. August 2000 zur Anwendung gelangte, räumte den Kantonen zusätzlich die Kompetenz ein, über das kantonale Recht zu gestatten, Bauten dem bisherigen Zweck und Umfang entsprechend wieder aufzubauen, wenn wichtige Anliegen der Raumplanung wie die Erhaltung einer hinreichenden Dauerbesiedlung, z.B. in Abwanderungsgebieten, dies erforderten (vgl. Botschaft, BBl 1978 I 1028 f.).

Die Erhaltung einer hinreichenden Dauerbesiedlung ist somit auch nach geltendem Raumplanungsrecht ein wichtiges Anliegen (vgl. KARLEN, a.a.O., S. 291 ff.; IVANOV, Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung, Zürich 2006, S. 150 ff.).

- b. Bei Streusiedlungsgebieten gemäss Art. 39 Abs. 1 RPV handelt es sich nicht um irgendwelche Gebiete mit irgendwelchen verstreuten Bauten, sondern um historisch gewachsene Dauersiedlungsgebiete mit traditioneller Streubauweise, in denen die Dauerbesiedlung heute im Hinblick auf die anzustrebende räumliche Entwicklung gestärkt werden soll. Da die Umnutzungsmöglichkeiten nur in besonders bezeichneten Gebieten gegeben sind, erscheint es gerechtfertigt, hier nicht hinter das zurück zu gehen, was nach bisherigem Recht zulässig war, nämlich via kantonales Recht Bauten dem bisherigen Zweck und Umfang entsprechend wieder aufzubauen. Dies umso mehr, als die Einflussmöglichkeiten des Bundes dank des Richtplanerfordernisses besser sind, als im Anwendungsbereich von Art. 24d RPG, wo ihm bloss die Möglichkeit offen steht, im konkreten Einzelfall gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zu führen (vgl. Bundesamt für Raumentwicklung (2000/01): Neues Raumplanungsrecht. Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug, Bern 2001, S. 38 ff.).
- c. Der Kanton Appenzell I.Rh. beabsichtigt mit seiner Baugesetzgebung, den Bestand der in seinem Gebiet uralten Streusiedlungsform langfristig zu erhalten. Dazu hat er gewisse Gebiete ausserhalb der Bauzone im Richtplan als Streusiedlungsgebiete definiert. Das Bundesamt für Raumentwicklung hat in seinem Prüfungsbericht vom 14. Mai 2003 zum heute rechtskräftigen Richtplan die festgelegte flächenmässige Ausdehnung des Streusiedlungsgebiets als zulässig erachtet (<http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00234/00363/00389/index.html?lang=de>, S.8).
- Der Richtplan wurde in Folge auch vom Bundesrat am 25. Juni 2003 gemäss Art. 11 RPG genehmigt (StK act. 29). Damit erweist sich die Ansicht der Beschwerdeführer, dass sich das Streusiedlungsgebiet über das ganze Gebiet des Kantons Appenzell I.Rh. ausdehne, als nicht richtig.
- d. Mit der Baugesetzgebung des Kantons Appenzell I.Rh. wird nur die Erhaltung der traditionellen Streusiedlungsstruktur, nicht aber eine weitere Verstärkung, angestrebt. Zudem schöpft der Kanton den vom Bund ermöglichten Spielraum nicht aus, sondern lässt im Streusiedlungsgebiet die Änderung der Nutzung nur zu landwirtschaftsfremden Wohnzwecken gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a RPV, nicht jedoch zu Zwecken des örtlichen Kleingewerbes gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b RPV, zu (vgl. Richtplanbericht: <http://www.ai.ch/dl.php/de/0cqq9gqb5hp/Richtplanbericht.pdf>).
5. a. Die Beschwerdeführer behaupten, Art. 39 Abs. 1 lit. a RPV sehe wie Art. 24d Abs. 1 RPG nur eine Nutzungsänderung vor. Art. 42a Abs. 3 RPV erlaube den Wiederaufbau ausdrücklich nur im seltenen Fall nach Zerstörung durch höhere Gewalt. Der freiwillige Abbruch und Wiederaufbau landwirtschaftsfremder Wohnbauten sei daher für die in den Anwendungsbereich von Art. 24d RPG und Art. 39 RPV fallenden Vorhaben ausgeschlossen.
- b. Das geplante neue Doppeleinfamilienhaus erfüllt die Voraussetzungen, welche Art. 39 Abs. 1 lit. a RPV vorgibt. Einerseits hat der Kanton Appenzell I.Rh. das Gebiet, auf welchem das Wohnhaus des Beschwerdegegners liegt, im kantonalen Richtplan als Gebiet mit traditioneller Streubauweise ausgeschieden. Dieser Richtplan wurde vom Bundesrat am 25. Juni 2003 genehmigt. Andererseits soll das neu zu erstellende Haus auch zukünftig ganzjährig bewohnt werden. Dar-

über hinaus erfüllt es auch die Anforderung gemäss Art. 65a BauV, wonach es maximal zwei Wohnungen enthalten darf (Art. 65a BauV). Dass das geplante Doppeleinfamilienhaus die Voraussetzungen gemäss Art. 65a BauV oder gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a, b, d, e und f RPV nicht erfüllen würde, wird von den Beschwerdeführern nicht behauptet.

- c. Die Beschwerdeführer machen einzig geltend, dass Art. 39 Abs. 1 lit. c RPV, wonach Bewilligungen nur erteilt werden dürfen, wenn die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben, den freiwilligen Abbruch und Wiederaufbau nicht zulasse.
  - d. Der Wortlaut dieser bundesrechtlichen Bestimmung schweigt sich über die Zulässigkeit eines freiwilligen Abbruchs und Wiederaufbaus aus. Auch bestehen bezüglich der Gebiete mit traditioneller Streubauweise - im Gegensatz zu Art. 42a RPV als Ausführungsvorschrift von Art. 24d RPG, welche, wie in Erwägung 3.b. erwähnt, gerade nicht auf Bauten in Streusiedlungsgebieten analog angewendet werden können - keine weiteren Vorschriften des Bundesrechts. In beabsichtigter Weiterführung des bisherigen Rechts gemäss Art. 24 Abs. 2 aRPG ist den Kantonen weiterhin überlassen, in solchen in ihren Richtplänen ausgeschiedenen Streusiedlungsgebieten den Wiederaufbau von Bauten zu erlauben. Der Kanton Appenzell I.Rh. hat in seiner Baugesetzgebung den Wiederaufbau von bestehenden Bauten zur Erhaltung der charakteristischen Streusiedlung und des appenzellischen Haustyps als landschaftsbildende Elemente als wichtige Anliegen der Raumplanung ermöglicht (vgl. Art. 63 Abs. 6 BauG i.V.m. Art. 67 lit. a BauV). So kann gemäss Art. 66 Abs. 2 BauV in Streusiedlungsgebieten der Abbruch und Wiederaufbau von bestehenden Bauten, die Wohnungen enthalten, bewilligt werden, wenn sowohl die Herrichtung der Baute für ein zeitgemässes Wohnen aus objektiven Gründen anders nicht möglich ist, als auch ein Projekt für einen Neubau vorliegt, welcher die Proportionen und die prägenden gestalterischen Elemente der abzubrechenden Baute übernimmt. Die Beschwerdeführer behaupten nicht, dass die beiden Voraussetzungen von Art. 66 Abs. 2 BauV mit dem beabsichtigten Bauprojekt nicht eingehalten wären. Vielmehr ist der Zustand des Hauses gemäss Einschätzung der Fachkommission Heimatschutz nicht mehr sanierungswürdig, woraus zu schliessen ist, dass nur noch mit einem Wiederaufbau zeitgemässes Wohnen realisiert werden kann. Überdies ergibt der Vergleich der Fotodokumentation des Ist-Zustandes mit dem Fassadenplan des geplanten Ersatzbaus, dass die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleibt. Zudem hat sich die Vorinstanz ausführlich und im Rahmen ihres Ermessens mit diesen Fragen auseinandergesetzt.
6. a. Nur mit der in Art. 66 Abs. 2 BauV geregelten Möglichkeit, bestehende Bauobjekte abzubrechen und wiederaufzubauen, ist das für Appenzell I.Rh. typische Streusiedlungsgebiet auch längerfristig zu erhalten, was in einem eminent politischen, ökonomischen und baukulturellen Interesse liegt. Könnten bestehende Gebäude in den ausgeschiedenen Streusiedlungsgebieten bei nicht mehr zweckmässigem Unterhalt nicht erneuert werden, würden sie über einen kürzeren oder längeren Zeitraum verfallen und müssten sogar abgebrochen werden, was gerade nicht dem Zweck, die traditionelle Streusiedlung langfristig zu erhalten, dient.

- b. Würde anders entschieden, ergäbe dies auch einen unverständlichen Unterschied zu Art. 24c RPG, welcher den Wiederaufbau bestimmungsgemäss nutzbarer Bauten ausserhalb der Bauzonen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderungen von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind, ausdrücklich vorsieht (Art. 41 RPV i.V.m. Art. 42 Abs. 4 RPV). Es darf nicht sein, dass Bauten ausserhalb der Bauzone allein aufgrund der Besitzstandsgarantie freiwillig abgebrochen und wiederaufgebaut werden können, dieses Recht jedoch für Bauten, welche in einem richtplanmässig ausgeschiedenen Gebiet stehen, in welchem deren Bestand gerade geschützt werden sollte, nicht besteht.
- c. Im Streusiedlungsgebiet wird im Gegensatz zu Weilerzonen, in welchen nicht nur Ersatzbauten, sondern sogar zusätzliche Neubauten grundsätzlich zulässig sind (vgl. BGE 115 Ib 148 S. 152, Erw. 5. d.; Bundesgerichtsentscheid 1A.248/2000 vom 15. Februar 2001), kein weiteres Anwachsen der Streubauweise zugelassen (vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 1 N 46; Art. 66 Abs. 2 BauV). Hinsichtlich seiner Zielsetzung nähert sich nämlich der Charakter des Streusiedlungsgebiets im Kanton Appenzell I.Rh. einer die Nichtbauzone überlagernden Bauzone an, in welcher sich die Bautätigkeit aber darauf beschränken muss, bestehende Wohnobjekte zu erhalten oder diese durch im Wesentlichen unveränderte Wohnobjekte zu ersetzen. Es zeigt sich kein nachvollziehbarer Grund auf, Eigentümern von im Streusiedlungsgebiet liegenden Wohnbauten den freiwilligen Abbruch und Wiederaufbau zu verweigern, hingegen in Weilerzonen sogar Neubauten zu bewilligen.

(...)

- 8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Abbruch und Wiederaufbau des Gebäudes gemäss Baubewilligung des Bezirksrates Z vom 7. Mai 2009 und gemäss Entscheid des Bau und Umweltdepartements vom 3. April 2009 zulässig ist, weshalb die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

(Verwaltungsgericht, Urteil V 3-2010 vom 1. Juni 2010; aufgehoben durch BGer, 1C\_382/2010 vom 13. April 2011)

## **2.2. Bestandesgarantie einer gestützt auf eine inhaltlich fehlerhafte Baubewilligung erstellten Baute**

- I. 1.a. Im September 1975 reichte X ein Baugesuch für den Bau von zwei Wohnhäusern A [Streitobjekt im vorliegenden Verfahren] und B auf der Parzelle Nr. x ein. Der Bezirksrat Rüte erteilte dazu die Bewilligung.
- b. Am 14. März 1977 erhob Y Einsprache. Er machte im Wesentlichen geltend, dass das bereits erstellte Zweifamilienhaus höher als gestattet und mit einer zu grossen Ausnützungsziffer gebaut worden sei.
- c. Am 19. August 1978 verfügte der Bezirksrat Rüte die Wiederherstellung des alten Zustands gemäss genehmigtem Plan im Haus A, womit der vorgenom-

mene Umbau zu Küche und Schlafzimmer wieder zu einem Gemeinschafts-  
estrich zurückgebaut werden musste. Der gegen diese Verfügung eingereichte  
Rekurs von X wurde von der Standeskommission mit Entscheid vom 24. Januar  
1979 abgewiesen.

2. a. Im Jahr 2005 beabsichtigte die Z GmbH auf der zwischenzeitlich von der Par-  
zelle Nr. x abparzellierten Parzelle Nr. y (Bezirk Rüte; Wohnzone W2; Quartier-  
plangebiet "C") ursprünglich nur die Vergrösserung der bestehenden vier Bal-  
kone. Da dieses Bauvorhaben jedoch Art. 5 Ziff. 4 des Quartierplanreglements  
"C", wonach Balkone nur unter Vordächern erlaubt sind, entgegenstand, reichte  
die Z GmbH am 16. März 2005 ein neues Baugesuch für die Balkonerweiterung  
mit Quergiebel ein. Danach war eine Balkonvergrösserung nach vorne um  
1,6 m, das Anbringen eines seitlichen Windschutzes im EG und 1. OG und im  
Dachgeschoss ein neuer Balkon mit Quergiebel geplant.
  - b. In der öffentlichen Planaufgabe gab die Bezirksverwaltung Rüte als Bauzweck  
"Balkonerweiterung mit Quergiebel" an.
  - c. Mit Gesamtentscheid für ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzone erteilte das  
Bau- und Umweltsdepartement der Z GmbH am 4. Mai 2005 die Bewilligung für  
die Balkonerweiterung mit Quergiebel.
  - d. Mit Verfügung vom 23. Mai 2005 erteilte der Bezirksrat Rüte der Z GmbH die  
Baubewilligung, nachdem innerhalb der öffentlichen Auflage keine Einsprache  
eingegangen ist. Die Heimatschutzkommission hatte gemäss Baubegutachtung  
vom 25. April 2005 ebenfalls keine Einwände gegen das Bauvorhaben. Dabei  
wies der Bezirksrat darauf hin, dass der Ausbau des Dachgeschosses nicht  
Bestandteil dieser Bewilligung sei und Wohnraumerweiterungen bewilligungs-  
pflichtig seien. Die Glasfront im Dachgeschoss in gleicher Flucht wie die Bal-  
kontüren der unteren Geschosse wurde ebenfalls bewilligt.
  - e. Bei der Baukontrolle durch den Bezirk Rüte, bei welcher der Bau nach den  
Planunterlagen und den erteilten Baubewilligungen überprüft worden ist, wurde  
festgestellt, dass die Seiten bei den Quergiebeln nicht aus Kupfer, sondern aus  
Eternit wie die Fassade gefertigt wurden und der Dachvorsprung grösser als die  
auf dem Plan bewilligten 30 cm war. W, welcher das Baugesuch für die Z  
GmbH unterzeichnet hat, wurde deswegen mit einer Busse von Fr. 3'000.-- be-  
straft, hingegen wurde auf eine Rückbauverfügung des überlangen Dachvor-  
sprunges verzichtet.
3. a. Am 6. Juni 2009 reichte die Z GmbH beim Bezirksrat Rüte ein weiteres Baugesuch für den Dachausbau (Durchbruch vom 1. OG ins Dachgeschoss mit Wendeltreppe, Ausbau des Dachgeschosses und Einbau von Dachfenstern) ein.
  - b. Gegen dieses Gesuch erhob Y am 25. Juni 2009 Einsprache.
- (...)
- d. Mit Einspracheentscheid vom 5. November 2009 wies der Bezirksrat Rüte die  
Einsprache von Y vollumfänglich ab.



- e. Gegen den Einspracheentscheid des Bezirksrats Rüte reichte Y bei der Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. am 14. November 2009 Rekurs ein mit dem sinn gemässen Antrag, den Entscheid des Bezirksrats Rüte abzuweisen, die Baubewilligung nicht zu erteilen und die übergrossen Quergiebel und die zwei neu erstellten Balkone zurückzubauen. (...).
  - g. Die Standeskommission wies den Rekurs am 27. April 2010 (Nr. 550) vollumfänglich ab (StK act. 12).
4. Gegen den Rekursentscheid der Standeskommission reichte der Rechtsvertreter von Y (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 14. Juni 2010 Beschwerde ein.
- III.1.a. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, dass die Gebäudeerstellung 1977 nicht nach den dann zumaligen Plan- und Gesuchunterlagen, Visieren und der Baubewilligung erstellt worden sei.

Die Bestandesgarantie greife nur bei sich nachträglich als widerrechtlich erweisenden Bauten bzw. Bauteilen, nicht aber bei ursprünglich widerrechtlichen Bauten, wie dies im vorliegenden Fall die ursprüngliche Baute darstellen würde.

b. (...)

Auch wenn dieser Einwand zulässig wäre und eine Überprüfung der Baute mit der damaligen Rechtslage zum Ergebnis führen würde, dass diese tatsächlich materiell rechtswidrig gewesen wäre, würde die Baute unter die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 4 Abs. 1 BauG fallen. Danach bleibt für bestehende Bauten, die vor Inkrafttreten des BauG - nämlich am 17. März 1986 (vgl. Art. 84 BauG) - erstellt worden sind und den neuen Bestimmungen nicht entsprechen, der Weiterbestand gewährleistet. Dabei ist irrelevant, ob die Baute damals rechtmässig oder widerrechtlich erstellt worden ist. Überdies ist eine Anpassung an die geltenden Vorschriften weder durch konkrete gesetzliche Bestimmungen vorgesehen, noch gebietet dies die öffentliche Ordnung, was übrigens auch der Beschwerdeführer nicht geltend macht.

Das im Jahr 1977 erstellte Wohnhaus ist somit in damaligem Bestand vor Anpassungen an das geltende Recht geschützt.

(...)

- 2.c.bb Die vom Beschwerdeführer beantragte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bedingt in erster Linie eine materielle Rechtswidrigkeit der Baute, welche vorerst zu prüfen ist.

Gemäss Art. 4 Abs. 1 BauG bleibt für die im Jahr 1977 errichtete Baute die zeitgemässe Erneuerung gewährleistet. Wie unter obgenannter Erwägung 1.b. aufgeführt, ist irrelevant, ob die Baute im Jahr 1977 rechtmässig oder widerrechtlich erstellt worden ist. Als zeitgemässe Erneuerung gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 BauG auch die Erstellung einzelner Bauteile, die für sich allein die geltenden Vorschriften einhalten.

Die zulässige Gebäudehöhe beträgt gemäss Art. 3 des Quartierplanreglements 6.5 m. Als Gebäudehöhe gilt der grösste senkrechte Abstand zwischen der

Schnittlinie der Aussenwand mit der Dachoberfläche und dem Niveaupunkt. Giebfelder werden nicht mitgerechnet (Art. 53 BauV). Der Ansicht der Standeskommission in ihrem Rekursentscheid, die Quergiebel würden im Verhältnis zum Stammgebäude ein derartiges Volumen annehmen, dass sie als Gebäudeteil zu qualifizieren und bei der Bestimmung der Gebäudehöhe zu berücksichtigen seien, ist vorliegend beizupflichten. Wohl besteht in der kantonalen Baugesetzgebung keine Bestimmung, welche Quergiebel - nicht zu verwechseln mit Giebfeldern - als entscheidend bei der Gebäudehöhemessung ausweisen. Durch die prominente Ausgestaltung der Giebel, deren Firste in gleicher Höhe zum First des Hauptdaches und überdies mit ihren Seiten bündig zur Aussenwand stehen (Bez. act. 2005/6, 13), kann die Auslegung der Standeskommission, die Gebäudehöhe bestimme sich vom Schnittpunkt zwischen Giebelaussenwand und Dachoberfläche, nicht als willkürlich angesehen werden. In Berücksichtigung der Quergiebel erhöht sich die Gebäudehöhe um rund 1.00 m im Verhältnis zur ursprünglichen Gebäudehöhe von 6.71 m. Gemäss Art. 3 des damals geltenden Quartierplanreglements war nur eine Gebäudehöhe von 6.50 m zulässig. Die vom Bezirksrat erteilte Baubewilligung ist folglich materiell widerrechtlich.

Als zweite Voraussetzung für eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes müsste die fehlerhafte Baubewilligung entweder nichtig oder zu widerrufen sein.

- cc. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten. Im Einzelnen müssen somit folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verfügung eintritt: Die Verfügung muss einen besonders schweren Mangel aufweisen, der Mangel muss offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein und die Nichtigkeit darf die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden. Inhaltliche Mängel einer Verfügung sind in der Regel nur anfechtbar und führen nur wenn sie ausserordentlich schwer wiegen ausnahmsweise zur Nichtigkeit (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C\_319/2009 vom 3. Dezember 2009, Erw. 2.2.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, N 981). Offenkundig ist der schwere Fehler der Verfügung, wenn er schon dem juristisch nicht geschulten Durchschnittsbürger auffällt (vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 40, S. 119). Es ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse der richtigen Rechtsanwendung erforderlich (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 955 f.).

Wohl stellt eine zu Unrecht erteilte Baubewilligung für die Balkonerweiterung und die Anbringung von zwei Quergiebeln einen Verstoss gegen die Baugesetzgebung dar. Dieser Verstoss ist jedoch einerseits nicht als schwerwiegend und offenkundig zu qualifizieren. Vielmehr wurde die Überschreitung der Gebäudehöhe erst anlässlich einer eingehenden Prüfung im Rekursverfahren und nicht unmittelbar nach Erstellung dieser Bauerweiterung festgestellt. Andererseits sind keine Umstände ersichtlich, wonach die Beschwerdegegnerin die Baubewilligung durch falsche Angaben oder andere Machenschaften erwirkt und somit nicht in guten Treuen gehandelt haben sollte. Insbesondere hat die Beschwerdegegnerin auch die Glasfronten in ihrem Baugesuch angegeben,

wie dies übrigens der Beschwerdeführer in der Rekurschrift selbst festgestellt hat. Damit wäre auch der Einwand des Beschwerdeführers, die Verglasung sei nicht eingegeben worden, entkräftet, was im Übrigen nicht zu prüfen wäre, da er erstmals im Verwaltungsgerichtsverfahren vorgebracht worden ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 VerwGG). Der Abbruch der bewilligten Balkone und Quergiebel als Folge der Nichtigkeit würde zudem die Rechtssicherheit, nämlich die Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit rechtsstaatlichen Handelns, empfindlich stören. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich trotz materieller Rechtswidrigkeit der Baubewilligung bezüglich Quergiebel nicht, an den inhaltlichen Mangel der Baubewilligung ausnahmsweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu knüpfen.

- dd. Ein Widerruf ist gemäss Art. 24 VerwVG möglich, wenn dieser die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist. Dass die Beschwerdegegnerin bei Widerruf der im Jahr 2005 erteilten Baubewilligung durch den Abbruch der obersten beiden Balkone und Quergiebel massgeblich belastet würde, liegt auf der Hand. Auch aufgrund der allgemeinen Kriterien betreffend Widerrufbarkeit erwächst eine Verfügung regelmässig in materielle Rechtskraft, d.h. sie kann nicht mehr widerrufen werden, wenn das Interesse am Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit in der Regel wichtiger ist als dasjenige an der richtigen Rechtsanwendung (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 997 f.). Das Rechtssicherheitsgebot geht dem Gebot objektiver Rechtsverwirklichung namentlich dann vor, wenn der Adressat von einer ihm eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Vorausgesetzt ist dabei im Allgemeinen, dass die Ausübung der Bewilligung zur Schaffung eines Zustandes geführt hat, der nur unter Vernichtung gutgläubig geschaffener Werte wieder beseitigt werden kann. Dieser Grund für die Unwiderrufbarkeit spielt vor allem dann eine Rolle, wenn es um den einmaligen Gebrauch einer Befugnis, z.B. für die Errichtung einer Baute, geht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1015 ff.; ZBI 85 [1984] 127 ff.). Das Interesse am Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit ist gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dann höher zu gewichten, wenn die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren. Ein solches Verfahren stellt die Baubewilligung dar, welche nach Durchführung eines Ermittlungs- und Einspracheverfahrens, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, erteilt worden ist, insbesondere bei den Fällen, in denen gerade der zum Widerruf Anlass gebende Mangel der Verfügung Gegenstand der besonders eingehenden Ermittlung war. Die Voraussetzungen für den Widerruf der Baubewilligung sind regelmässig nicht gegeben, wenn die Bauarbeiten bereits beendet sind (vgl. ZAUGG/LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Bern 2007, Art. 3 N 2b; BVR 1997, S. 223; BVR 2009, S. 522 f., E. 5.; KISTER/MÜLLER, Baugesetz des Kantons Aargau, Lenzburg 2002, § 68 N 2; AGVE 1986, S. 300). Diese Regeln gelten aber nicht absolut. Wenn eine schwere Verletzung besonders gewichtiger öffentlicher Interessen dafür sprechen, kann ein Widerruf trotzdem gerechtfertigt sein. Solche Interessen liegen namentlich dann vor, wenn der bewilligte Bau die öffentliche Sicherheit, z.B. den Gewässerschutz, gefährdet, hingegen nur ausnahmsweise beim Schutz des Orts- und Landschaftsbildes (vgl. BGE 107 Ib 35; RHINOW/KRÄHENMANN, a.a.O., N 41, S. 124 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN,

a.a.O., N 1002, 1013 f.). Letztlich spielt auch der Zeitfaktor eine Rolle: Je weiter der Zeitpunkt des Erlasses der ursprünglichen Verfügung zurückliegt, desto stärker sind die Rechtssicherheitsinteressen zu gewichten (vgl. RHINOW-/KRÄHENMANN, a.a.O., Nr. 41, S. 123).

Es liegen keine Umstände vor, welche darauf schliessen lassen, dass die Beschwerdegegnerin von der ihr am 23. Mai 2005 erteilten Baubewilligung nicht in guten Treuen Gebrauch gemacht hat. Ebenfalls ist kein besonders wichtiges öffentliches Interesse, z.B. der Gewässerschutz, gefährdet, noch steht die Baute einem Schutz des Orts- und Landschaftsbildes entgegen. Aber auch die Rechtssicherheit wäre bei einem Widerruf enorm tangiert, da sich die Beschwerdegegnerin auf die behördlich erteilte Bewilligung verlassen durfte. Die Beschwerdegegnerin hat von der Baubewilligung in gutem Glauben Gebrauch gemacht und die Baute - mit Ausnahme der Einfassung der Seiten bei den Quergiebeln aus Eternit und der um 30 cm grössere Dachvorsprung, welche in untenstehender Erwägung 3.c.dd. noch behandelt werden - entsprechend der Baubewilligung mit erheblichen Investitionen erstellt. Hinzu kommt, dass die Baubewilligung bereits am 23. Mai 2005 erteilt worden ist und diese vom Beschwerdeführer erstmals bezüglich des Bauvorhabens im Jahr 2009 in Frage gestellt worden ist. Ein Widerruf ist von der Ständekommission somit zu recht als nicht möglich bezeichnet worden.

- 3.c.aa Auf eine Baute, welche gestützt auf eine inhaltlich fehlerhafte baurechtliche Bewilligung erstellt worden und von Anfang an materiell rechtswidrig war, werden die Regeln betreffend Besitzstandsgarantie ebenfalls zur Anwendung gebracht. Sie ist nach ihrer Errichtung durch die Bestandeskraft der Baubewilligung grundsätzlich geschützt. So sind die Verfassungsgrundsätze, die hinter der Besitzstandsgarantie stehen – wie Eigentumsgarantie, Rückwirkungsverbot, Vertrauensgrundsatz – zu beachten. Auf sie muss sich der Eigentümer einer zwar bewilligten, aber im Widerspruch zu den öffentlichrechtlichen Vorschriften stehenden und daher aus heutiger Sicht nicht bewilligungsfähigen Baute auch dann berufen können, wenn die Rechtslage keine Änderung erfahren hat. Die Baubewilligung eröffnet nämlich dem Bauwilligen eine gewisse Erwartungshaltung, unter anderem, dass die bewilligte Baute auch zukünftig innerhalb der geltenden rechtlichen Bestimmungen weiter ausgestaltet werden kann (vgl. WILLI, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone, Zürich 2003, § 5, S. 25; ZAUGG/LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Bern 2007, Art. 3 N 2b; BVR 1997, S. 223; BVR 2009, S. 522 f., E. 5.; KISTER/MÜLLER, Baugesetz des Kantons Aargau, Lenzburg 2002, § 68 N 2; AGVE 1986, S. 300).

Im vorliegenden Fall kommt - wie in obiger Erwägung 2.c.dd. ausgeführt - ein Widerruf der Baubewilligung nicht in Betracht, weshalb die im Jahr 2005 errichteten Quergiebel und Balkone unverändert bestehen bleiben dürfen. Sie sind unter besitzstandsähnlichen Gesichtspunkten nicht anders zu behandeln wie eine ursprünglich materiell rechtmässige Baute. Demnach darf eine zeitgemässe Erneuerung durch Erstellen einzelner Bauteile erfolgen, sofern diese für sich allein die geltenden Vorschriften einhalten (vgl. Art. 4 Abs. 2 BauG).

- bb. Durch den von der Beschwerdegegnerin geplanten Ausbau würde sich einzig die Ausnützungsziffer und das Erscheinungsbild durch die Dachfenster im Ver-

gleich zu der im Jahr 2005 bewilligten Baute ändern. (...)

Der von der Beschwerdegegnerin geplante Dachausbau, wonach die beiden Obergeschosswohnungen um je ein Zimmer zuzüglich Dusche/WC zu zweistöckigen Wohnungen vergrössert und im Dachgeschoss Dachfenster angebracht werden, hält für sich allein die geltenden Vorschriften ein und ist isoliert betrachtet rechtmässig.

- cc. Letztlich bleibt zu prüfen, ob mit Realisierung der geplanten Dachausbaute eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verstärkung der Rechtswidrigkeit vorliegt. Im Gegensatz zu gesetzlichen Regelungen in anderen Kantonen, z.B. Art. 3 Abs. 2 des Berner BauG, Art. 77bis Abs. 2 des St.Galler BauG oder § 68 des Aargauischen BauG, ist gemäss Wortlaut des Art. 4 BauG des Kantons Appenzell I.Rh. nicht vorausgesetzt, dass eine zeitgemässe Erneuerung nicht zu einer Vermehrung oder wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit führen darf. Dieser Aspekt ist jedoch im Hinblick auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung bzw. der öffentlichen und nachbarlichen Interessen gleichwohl zu prüfen.

Eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn die Änderung zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führt, z.B. neben der bestehenden Verletzung der Gebäudehöhe zusätzlich noch zu einer Verletzung der Ausnutzungsziffer. Eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn eine bereits verletzte Vorschrift, welche das öffentliche oder nachbarliche Interesse schützen soll, in noch stärkerem Ausmass verletzt wird, z.B. indem eine bereits überschrittene Gebäudehöhe noch weiter erhöht wird. Anders ausgedrückt liegt eine wesentliche Verstärkung der Rechtswidrigkeit dann vor, wenn sich durch die baulichen und nutzungsmässigen Änderungen der Baute deren baurechtliche Situation gleichsam proportional verschlechtert. Die Änderung darf praktisch im gleichen Mass zum Widerspruch zum geltenden Recht beitragen wie der bisherige Zustand (vgl. KISTLER/MÜLLER, a.a.O., §§ 68/69 N 17; BVR 1997 S. 223 E. 7c/cc; vgl. HEER, a.a.O., N 750).

Wie unter Erwägung 3.c.bb ausgeführt, kommt es beim geplanten Dachausbau zu keiner zusätzlichen Verletzung von Rechtsnormen. Durch den inneren Ausbau einer Baute innerhalb der bisherigen Gebäudehöhe wird die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch verstärkt (vgl. HEER, a.a.O. § 23 N 751; Ergänzungsbotschaft zu Art. 4 BauG vom 9. Januar 1985). Ein interner Umbau wie vorliegend gegeben ist demnach mit der Besitzstandsgarantie vereinbar (vgl. ZAUGG/LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Bern 2007, Art. 3 N 3). Durch den beabsichtigten Ausbau, wonach den Bewohnern der bestehenden Wohnungen im Obergeschoss lediglich ein zusätzliches Zimmer inkl. Dusche/WC, erreichbar über die Wendeltreppe, zur Verfügung steht, ist auch nicht mit einem grösseren Lärm oder anderen vermehrten Emissionen zu rechnen. Der Dachausbau dient überdies der vom RPG erwünschten inneren Verdichtung des Gebäudes (vgl. Seite 3 der Botschaft zu Art. 4 BauG vom 25. Oktober 1994).

Die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2005 ohne Baubewilligung vorgenommenen Änderungen, nämlich die Einfassung der Seiten bei den Quergiebeln aus Eternit und der um 30 cm grössere Dachvorsprung, wurden gebüsst, jedoch wurde auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzich-

tet. Im Umfang dieser Bauten ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass diesbezüglich weder die Bestandesgarantie noch der Vertrauensschutz zum Zuge kommen darf. Die von der Beschwerdegegnerin beabsichtigten Bauvorhaben stehen aber in keiner Abhängigkeit zu den im Jahr 2005 ohne Baubewilligung errichteten Bauten, womit diesbezüglich auch keine Verstärkung dieser Rechtswidrigkeit erfolgt.

(Verwaltungsgericht, Urteil V 12-2010 vom 2. November 2010; bestätigt durch BGer, 1C\_64/2011 vom 9. Juni 2011)

### **2.3. Bauliche Massnahmen an einer Alphütte, welche nach dem 1. Juli 1972 für landwirtschaftliche Wohnzwecke umgebaut und später in ein Ferienhaus umgenutzt worden ist**

- I.1. A ersuchte am 9. August 2010 um Erteilung einer Bewilligung für den Einbau eines Kaminofens und einer Kaminanlage in die Alphütte x, Parzelle Nr. y (Landwirtschaftszone und überlagerte Wintersportzone), Bezirk Rüte. Sie steht im Eigentum von C.
2. Das Bau- und Umweltdepartement lehnte mit Gesamtentscheid für ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen vom 7. September 2010 die Erteilung der Ausnahmegewilligung ab (...).
3. Der Bezirksrat Rüte wies das Baugesuch am 24. September 2010 gestützt auf den ablehnenden und gleichzeitig miteröffneten Entscheid des Bau- und Umweltdepartements vollumfänglich ab.
4. A reichte am 2. Oktober 2010 bei der Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. Rekurs ein und stellte den Antrag, die Verfügung des Bezirksrats Rüte vom 24. September 2010 sowie der Gesamtentscheid des Bau- und Umweltdepartements vom 7. September 2010 betreffend Baugesuch für Ofen und Kamin seien aufzuheben und die Baubewilligung zu erteilen, unter Kostenfolge.  
(...)
5. Die Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. wies den Rekurs mit Entscheid vom 15. Februar 2011 (Prot. Nr. 220) vollumfänglich ab (StK act. 28).  
(...)
6. Gegen den Rekursentscheid reichte der Rechtsvertreter von A (folgend: Beschwerdeführer) am 24. März 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde (...) ein (act. 1).  
(...)
- II.3. Gemäss Schreiben des Bezirkshauptmannamts Rüte vom 22. September 1974 an das Landesbauamt bewirtschaftete D die Weide x selber und er begnüge sich während der Alpzeit mit den im Schweinestall eingebauten zwei Zimmern, da-

mit er die Hütte vermieten könne. Durch den Umbau des Schweinestalles sei die Bewirtschaftung der Alp nicht in Frage gestellt, da noch entsprechende Stallungen vorhanden seien.

Auch der Beschwerdeführer geht in seiner Stellungnahme vom 12. Juli 2011 davon aus, dass die Alphütte nach dem 1. Juli 1972 dem damaligen Eigentümer noch als landwirtschaftlicher Wohnraum gedient habe und erst danach in nichtlandwirtschaftlichen Wohnraum umgenutzt worden sei.

Art. 24c RPG kommt demnach unbestrittenerweise nicht zur Anwendung, da die Alphütte nicht durch eine Rechtsänderung, sondern durch die Aufgabe der landwirtschaftlichen Nutzung des damaligen Eigentümers zonenwidrig wurde (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 2010, Art. 24c N 14; WALDMANN/HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24c N 4).

4. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, dass für die Alphütte x die kantonrechtliche Bestandesgarantie von Art. 4 BauG gelte, da der Kanton Appenzell I.Rh. Art. 24d RPG bisher nicht für anwendbar erklärt habe.
  - a. Gemäss Art. 24d Abs. 1 RPG können in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden. Diese Bestimmung trat im Rahmen der zweiten Teilrevision des RPG am 1. September 2007 in Kraft. Im Gegensatz zu dem in diesem Zeitpunkt geltenden aArt. 24d Abs. 1 RPG, der bestimmte, dass das kantonale Recht in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zulassen kann, ist für landwirtschaftsfremde Wohnnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten keine Kompetenzdelegation an die Kantone mehr vorgesehen. Diese Fragen werden nun in Art. 24d Abs. 1 und 2 RPG bundesrechtlich geregelt. Die Kantone können jedoch einschränkende Bestimmungen erlassen (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], a.a.O., Art. 24d N 5; Art. 27a RPG), haben hingegen keine Kompetenz, diesen bundesrechtlich vorgegebenen Rahmen zu überschreiten (vgl. Botschaft vom 2. Dezember 2005 über die Teilrevision des RPG, BBI 2005 7117; KARLEN, Die Ausnahmegewilligung nach Art. 24-24d RPG, ZBI 6/2001, S. 30).
  - b. Im Standeskommissionsbeschluss über die vorläufige Anwendung der Änderung vom 23. März 2007 des RPG vom 13. August 2007 hat der Kanton Appenzell I.Rh. auf den Erlass neuer einschränkender Bestimmungen zu Art. 24d RPG vorläufig verzichtet. Während der Geltungsdauer dieses Standeskommissionsbeschlusses sind hingegen für das Bauen ausserhalb der Bauzonen im Sinne einer Einschränkung gemäss Art. 27a RPG die bisherigen Vorschriften massgebend.

Entsprechend ist zu prüfen, ob die vor Einführung des heute gültigen Art. 24d RPG bestehenden baurechtlichen Bestimmungen einschränkender sind als Art. 24d RPG.

- c. Auf die Alphütte x gelangt Art. 4 Abs. 5 BauG zur Anwendung, wonach sich bei bestehenden, vorschriftswidrigen Bauten ausserhalb der Bauzonen deren An-

derungen nach Art. 63 BauG richten. Auch wenn nämlich der Umbau des Schweinestalls, welcher Landwirtschaftszwecken diene, anfangs der 70er Jahre allenfalls materiell rechtmässig erfolgte, entsprach die später folgende Zweckänderung, nämlich die Umnutzung des landwirtschaftlichen Wohnraumes in ein Ferienhaus, nicht den damals geltenden Vorschriften. So hat das Landesbauamt Appenzell I.Rh. in seinem Schreiben vom 17. Juni 1974 ausgeführt, dass der getätigte Umbau den Vorschriften gemäss Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 17. März 1972 (folgend: BMR) bzw. dessen VVO vom 29. März 1972 widerspreche. Die Alp x liege laut aufgelegten und genehmigten Plänen im provisorischen Schutzgebiet, wo gemäss Art. 7 VVO nur standortbedingte Bauten, wozu Ferienhäuser nicht gehören würden, zulässig seien. Der ohne Bewilligung veränderte Bau habe früher der Tierhaltung gedient und dürfe keinesfalls in Wohnraum umfunktioniert werden. Dies käme zweifellos einer unstatthaften Zweckveränderung gleich.

- d. Die damalige Interpretation des Landesbauamts, dass sogar eine reine Zweckänderung mit dem damaligen Recht nicht vereinbar gewesen wäre, deckt sich auch mit dem Sinn und Zweck der damaligen Gesetzgebung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. So war Landwirtschaftsgebiet in erster Linie für die landwirtschaftliche Nutzung zu erhalten (Art. 16 Abs. 1 aBauG). Gemäss BMR wurde für nicht standortgebundene Bauten in den provisorischen Schutzgebieten ein sachlich begründetes Bedürfnis verlangt, welches in der Praxis weitgehend mit Standortgebundenheit gleichgesetzt wurde (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 24-24d und 37a N 1). Bereits gemäss damaliger Bundesrechtsprechung wollte man Wochenend- und Ferienhäuser ausserhalb des Baugebietes, die nicht an einen abgelegenen Standort gebunden waren, verhindern. Bauten wurden demnach als unzulässig und im Widerspruch zu Art. 20 aGSchG eingestuft, wenn die landwirtschaftliche Bewirtschaftung bloss vorgeschoben, in Wirklichkeit aber die Erstellung von Ferienhäusern beabsichtigt gewesen war (vgl. BGE 102 Ib 64, E. 5.c.; BGE 100 Ib 86, E. 4.).
  - e. Art. 4 Abs. 5 BauG wiederum verweist auf Art. 63 Abs. 2 und 6 BauG, wonach die teilweise Änderung von bestehenden zonenfremden Bauten ausserhalb der Bauzone im Sinne von Art. 24 ff. RPG bewilligt werden kann, wenn das Vorhaben mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist und keine öffentlichen Interessen entgegenstehen. Diese bisherige Bestimmung des Baugesetzes verweist somit auf das RPG. Damit allenfalls gestützt auf den vor Einführung des heute gültigen Art. 24d RPG bestehenden aArt. 24d RPG eine Bewilligung hätte erteilt werden können, wäre eine kantonale Ausführungsbestimmung notwendig gewesen (vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 24d N 2), auf deren Erlass im Kanton Appenzell I.Rh. verzichtet wurde. Damit ist erstellt, dass die bisherigen Bauvorschriften zumindest keine höheren Anforderungen an die Bewilligungserteilung als Art. 24d RPG stellen. Da andererseits keine Abschwächung dieser Anforderungen durch kantonale Bauvorschriften zulässig ist, käme entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners grundsätzlich der heute gültige Art. 24d RPG zur Anwendung.
5. a. In landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, kön-



nen landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden (Art. 24d Abs. 1 RPG). Bewilligungen nach diesem Artikel dürfen nur erteilt werden, wenn die Baute keine Ersatzbaute zur Folge hat, die nicht notwendig ist, die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im Wesentlichen unverändert bleiben und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24d Abs. 3 lit. a, b und e RPG). Im Rahmen von Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG sind Erweiterungen zulässig, welche für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind (Art. 42a Abs. 1 RPV).

- b. Die Anwendung von Art. 24d RPG setzt eine landwirtschaftliche Nutzung der Baute voraus (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], a.a.O., Art. 24d N 9). Vorliegend ersucht aber der Beschwerdeführer nicht mehr um eine Umnutzung einer landwirtschaftlichen in eine landwirtschaftsfremde Baute, sondern um eine bauliche Veränderung der Alphütte x. Nach seinen Angaben in der Rekursbegründung vom 13. Oktober 2010 (StA act. 5) erfolgt diese Umnutzung schon seit über 30 Jahren. Die Alphütte ist somit bereits vor Einführung des RPG per 1. Januar 1980 als Wochenendhaus und folglich seit da an nicht mehr landwirtschaftlich genutzt worden. Die beabsichtigte Umbaute der Alphütte kann somit bereits aus diesem Grund nicht gestützt auf Art. 24d RPG erfolgen.
  - c. Selbst wenn jedoch auf das beabsichtigte Bauvorhaben Art. 24d RPG zur Anwendung gelangen würde, damals die Umnutzung der Alphütte x zu landwirtschaftsfremder Wohnnutzung hätte bewilligt werden können oder sogar überhaupt keiner Bewilligung bedurft hätte und somit rechtmässig hätte erfolgen können, darf die Alphütte nicht mehr erweitert werden, da das Mass der zulässigen Änderungen mit der Umnutzung vor über 30 Jahren ausgeschöpft ist. Vorbehalten bleiben geringfügige bauliche Massnahmen, die für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind (vgl. Art. 42a Abs. 1 RPV; vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 24d N 11; AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], a.a.O., Art. 24d N 11).
6. Der Beschwerdeführer kann für seine Alphütte, welche er nur an Wochenenden oder während der Ferien benutzt, keinen Mindeststandard einer "zeitgemässen Wohnnutzung" beanspruchen, der eine Erweiterung gemäss Art. 42a Abs. 1 RPV rechtfertigt. Dieser Anspruch besteht nämlich nur bei ganzjährig bewohnten Bauten, nicht aber bei nur temporärer Wohnnutzung (vgl. AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN [HRSG.], a.a.O., Art. 24d N 18; WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., 24d N 9; ARE; Erläuterungen zu Art. 42a der Raumplanungsverordnung, Anwendbarkeit von Art. 24d Abs. 1 RPG auf ursprünglich bloss temporär bewohnte landwirtschaftliche Gebäude).

Der ersuchte Umbau wäre jedoch auch in Anwendung von Art. 24d Abs. 1 RPG und Art. 42a Abs. 1 RPV für eine zeitgemässe Wohnnutzung weder notwendig noch unumgänglich, zumal sich bis anhin die bestehende Gasheizung offenbar bewährt hat und bei nur zeitweise genutzten Bauten ausserhalb der Bauzone kein Anspruch auf eine Komfortsteigerung besteht. Hinzu käme eine wesentliche Änderung der äusseren Erscheinung und der baulichen Grundstruktur durch den auf dem Dach zu errichtenden Kamin.

7. Da somit zumindest bei Anwendung von Art. 24d Abs. 1 RPG und Art. 42a

Abs. 1 RPV deren Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, ist gestützt auf die verfassungsmässige Bestandesgarantie nur der Unterhalt der Alphütte möglich (vgl. Art. 42a Abs. 1 RPV; vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 24d N 11; AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHAN-NEN [HRSG.], a.a.O., Art. 24d N 11), sofern die beabsichtigte bauliche Änderung nicht gemäss Art. 24 RPG bewilligt werden kann.

8. Ein Ferien- bzw. Wochenendhaus ist offensichtlich nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen. Generell sind bei der Beurteilung der Standortgebundenheit eines Vorhabens strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedlung der Landschaft entgegenzuwirken. Eigenständiger Wohnraum gilt ausserhalb der Bauzone grundsätzlich nicht als standortgebunden (statt vieler BGE 115 Ib 299, E. 3). Art. 24 **Abs. 1 lit. a RPG** will unter anderem gerade die Umgestaltung von Maiensässgebäuden in Ferienhäuser verhindern (vgl. [BGE 108 Ib 133](#) E. 2).

Da folglich die Standortgebundenheit fehlt, ist das beabsichtigte Bauvorhaben des Beschwerdeführers auch nicht über die generelle Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG möglich, weshalb die Beschwerde abgewiesen wird.

(Verwaltungsgericht, Urteil V 6-2011 vom 6. September 2011)

## 2.4. Datensperre im Autoindex

- I.1. X beantragte mit Schreiben vom 25. Mai 2010 beim Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. die Entfernung der auf sie eingelösten Autonummer AI xxxx im Autoindex des Kantons Appenzell I.Rh.. (...)
2. Mit Verfügung vom 17. Juni 2010 lehnte das Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. das Gesuch von X um Sperre der Halterdaten im öffentlichen Halterverzeichnis ab, da kein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen worden sei.
3. Gegen die Verfügung des Strassenverkehrsamts Appenzell I.Rh. reichte X am 9. Juli 2010 Rekurs bei der Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. ein. (...)
4. Mit Entscheid vom 16. November 2010 (Prot.Nr. 1358) wies die Standeskommission den Rekurs von X ab. (...)
5. Am 30. Dezember 2010 reichte Werner Niederer als Datenschutzbeauftragter des Kantons Appenzell I.Rh. gegen den Entscheid vom 16. November 2010 eine Beschwerdeschrift (...) ein.

(...)

- III.1. Gemäss Art. 104 Abs. 5 Satz 2 SVG können die Kantone das Verzeichnis der Namen der Fahrzeughalter veröffentlichen. Der Bund überlässt damit den Kantonen die Wahl, ob sie eine Veröffentlichung vornehmen wollen oder nicht. Dass es dadurch zu unterschiedlichen gesetzlichen Normierungen in den ein-

zelen Kantonen kommt, ist eine hinzunehmende Folge des föderalistischen Aufbaus des schweizerischen Staatswesens und ist jedenfalls kein Verstoß gegen das in Art. 4 BV festgelegte Gleichheitsgebot (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2P.78/2004 vom 7. Oktober 2004, E. 3.3.2.; BGE 104 Ia 156, E. 2.b.).

Dem Öffentlichkeitsprinzip räumt der Bund mit Art. 104 Abs. 5 Satz 2 SVG eine grundsätzlich grössere Bedeutung ein als dem Datenschutz eines einzelnen Fahrzeughalters. Gemäss Vorlage des Bundesrates zur Änderung des SVG sollte Satz 2 von Art. 104 Abs. 5 SVG gestrichen werden. Das Parlament als Gesetzgeber entschied sich jedoch für die Beibehaltung. In der parlamentarischen Debatte wurde dies mit dem Interesse an Transparenz, dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit, dem dadurch bewirkten Präventionseffekt und der Entlastung der Polizeistellen von entsprechenden Auskunftsbegehren begründet (vgl. AB 2000 S. 221 f., AB 2001 N 1564; Bundesgerichtsurteil 5A\_95/2010 vom 2. September 2010, E. 5.4; vgl. Botschaft 1999, S. 4498 f.; GIGER, Kommentar zum SVG, 7. Auflage, Zürich 2008, Art. 104 N 5).

2. Die Kantone bearbeiten die Daten der Fahrzeughalter in Vollzug des einschlägigen Bundesrechts (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A\_95/2010 vom 2. September 2010, E. 5.1.). Soweit keine kantonalen Datenschutzvorschriften bestehen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten, gelten gemäss Art. 37 Abs. 1 DSG für das Bearbeiten von Personendaten durch kantonale Organe beim Vollzug von Bundesrecht die Art. 1 - 11a, 16, 17, 18 - 22 und 25 Abs. 1 - 3 dieses Gesetzes.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 DSchG sperrt das Organ die Bekanntgabe bestimmter Personendaten, wenn die betroffene Person schutzwürdige Interessen glaubhaft macht. Diese kantonale Bestimmung entspricht weitgehend der bundesgesetzlichen Regelung von Art. 20 Abs. 1 DSG, wonach eine betroffene Person, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht, vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen kann, dass es die Bekanntgabe von bestimmten Personendaten sperrt. Somit ist das DSG bzw. die zum DSG existierende Rechtsprechung und Literatur nur analog bzw. als Auslegungshilfe des DSchG zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache heranzuziehen.

- 3.a. Glaubhaft machen bedeutet, dass das verantwortliche Organ vom Vorliegen schutzwürdiger Interessen nicht überzeugt zu werden braucht; es genügt, aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Vorliegens schutzwürdiger Interessen zu vermitteln, ohne dass damit alle Zweifel beseitigt sein müssten. Ist also eine Tatsache glaubhaft zu machen, so ist kein stringenter Beweis erforderlich; blosser Behauptungen genügen aber auch nicht und sind in keinem Fall hinreichend. An das Glaubhaftmachen von schützenswerten Interessen an einer Sperrung i.S.v. Art. 20 Abs. 1 DSG eines Motorfahrzeughalters sind keine hohen Anforderungen zu stellen, wenn die gesetzliche Grundlage von Art. 104 Abs. 5 SVG und Art. 126 Abs. 1 VZV generell eine Bekanntgabe erlaubt, aber nicht dazu verpflichtet (VPB 68.69; RUDIN, Sperrrecht gegen Publikation im Auto-Index, Digma 2004, S. 32 ff.).

Ein Sperrgesuch kann im Weiteren nicht mit beliebigen, sondern nur mit schutzwürdigen Interessen begründet werden. In seiner Botschaft-DSG vom

23. März 1988 hat der Bundesrat bezüglich Art. 20 Abs. 1 DSG ausgeführt, dass ein schutzwürdiges Interesse beispielsweise gegeben sei, "wenn die betroffene Person durch die Datenbekanntgabe Belästigungen, Pressionen oder gar Verfolgungen durch die Empfängerkreise ausgesetzt würde" (BBl 1988 II 472). Für eine Sperrung genügt es, wenn die Gründe für die Sperrung hinreichend substantiiert und glaubhaft gemacht werden. Von demjenigen, der die Sperrung seiner Personendaten im Hinblick auf deren Veröffentlichung in einem allgemein zugänglichen Register verlangt, kann zum Nachweis seines schutzwürdigen Interesses nicht die erschöpfende Nennung aller Möglichkeiten, wie diese Daten durch Dritte verwendet werden könnten, und deren schlüssiger Beweis gefordert werden (VPB 68.69, E. 25). Nicht notwendig ist, dass die betroffene Person durch eine Bekanntgabe bereits irgendwie geschädigt wurde, ein Verstoss gegen ein Grundrecht oder eine andere gesetzliche Regelung ist nicht vorausgesetzt. Es genügt, wenn die Befürchtung besteht, einer möglichen Gefahr oder auch blossen Schikane durch die Neugier Dritter ausgesetzt zu sein (VPB 68.69, E. 28; MAURER-LAMBROU/VOGT [HRSG.], a.a.O., Art. 20 N 13 f.).

Die Frage des schutzwürdigen Interesses stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Dessen Überprüfung, insbesondere auch die Abwägung zwischen privatem und öffentlichem Interesse, gilt als Rechtskontrolle (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, N 1936) und ist demnach gemäss Art. 15 Abs. 1 VerwGG gerichtlich überprüfbar.

b. (...)

Wie bereits unter Erwägung 1 ausgeführt, liegt mit der unterschiedlichen kantonalen Regelung der Veröffentlichung der Autoindices keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor. Weiter bringt der Beschwerdeführer selbst keine konkreten und substantiierten Hinweise auf die spezielle Interessenlage von X vor. Dass X (...) in einem höheren Masse als andere Fahrzeughalter einer Gefahr von Repressalien ausgesetzt wäre, machte er nicht konkret geltend. (...) So sind doch mit Belästigungen oder Pressionen grundsätzlich sämtliche Fahrzeughalter potentiell bedroht, welche in ihrem Alltag mit anderen Menschen in Kontakt – welcher subjektiv empfunden auch immer ein negativer sein kann – treten. Sofern die vorliegende Begründung des Beschwerdeführers genügen würde, führte dies zu einer Aushöhlung der Bestimmung von 20 Abs. 1 DSG bzw. zu einer praktisch voraussetzungslosen Datensperre. Es fehlen somit objektive Anhaltspunkte, welche eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Vorliegens schutzwürdiger Interessen vermitteln.

d. Es liegt somit kein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 14 Abs. 1 DSchG vor, weshalb die Beschwerde abgewiesen wird.

(Verwaltungsgericht, Urteil V 24-2010 vom 15. März 2011)

### **3.5. Eine Klage aus einer gebundenen Vorsorgepolice, welche für eine nicht erwerbstätige Person abgeschlossen worden ist, fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des kantonalen Vorsorgegerichts**

- II.1. Die Zuständigkeit ist als Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Fehlt diese, so ist auf die Klage nicht einzutreten (vgl. BGE 127 V 2; LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 73 N 19).
2. a. Die Parteien trafen bei Abschluss der Vorsorgepolice eine Gerichtsstandsvereinbarung, wonach als Gerichtsstand Lausanne oder der Wohnsitz der Versicherungsnehmerin in der Schweiz gelte.
- b. Der Gesetzgeber hat in eindeutiger Weise entschieden, dass Streitigkeiten im Bereich der gebundenen Vorsorge den Verfahrensregeln nach Art. 73 BVG unterstehen. Gerichtsstand gemäss dessen Abs. 3 ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. Von diesen Regeln kann nicht mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung abgewichen werden (vgl. BGer, Urteil 9C-944/2008 vom 30. März 2009, E. 5.2; SCHNEIDER/GEISER/ GÄCHTER [HRSG.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 73 N 97, 100; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, N 1706).
- c. Der Wortlaut von Art. 73 Abs. 3 BVG schreibt somit klar vor, dass die Klägerin einzig am Sitz der Beklagten, nämlich beim Versicherungsgericht des Kantons Waadt hätte klagen können, zumal sie seit Abschluss der Versicherungspolice mit der Beklagten nicht in einem Betrieb im Kanton gearbeitet hat. Doch aus dem Zweck und der Systematik von Art. 73 BVG ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Zugang der Rechtssuchenden an die Gerichte so weit wie möglich erleichtern wollte. So gelten gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG die Verfahrensgrundsätze der Einfachheit und Schnelligkeit. Zudem zeigt die historische Auslegung, dass der seit der Inkraftsetzung unveränderte Wortlaut dieser Bestimmung viel eher von einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers als von dessen wohlüberlegten Absicht zeugt, den Zugang zum Richter für eine gewisse Kategorie von Rechtssuchenden zu erschweren. So ergibt sich aus der Auslegung von Art. 73 BVG, dass bei Streitigkeiten im Bereich der gebundenen Selbstvorsorge ein alternativer Gerichtsstand zum in Art. 73 Abs. 3 BVG vorgesehenen Gerichtsstand am schweizerischen Sitz oder Wohnsitz des Beklagten zugestanden werden muss. Der Wohnsitz des Versicherungsnehmers stellt diesbezüglich denjenigen Anknüpfungspunkt dar, mit welchem den im Sozialversicherungsrecht anwendbaren allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und dem Willen des Gesetzgebers am besten nachgelebt werden kann (vgl. BGer, Urteil 9C-944/2008 vom 30. März 2009, E. 5.2 und 5.4.).
- d. Aus der Auslegung von Art. 73 BVG und der Umsetzung der Verfahrensgrundsätze im Sozialversicherungsrecht, dass dem Versicherten ein einfacher Zugang zum Richter und ein möglichst rascher Entscheid ohne übertriebenen Formalismus ermöglicht werden muss, ergibt sich somit, dass der Klägerin als Versicherungsnehmerin ein alternativer Gerichtsstand zum in Art. 73 Abs. 3 BVG vorgesehenen Gerichtsstand an ihrem Wohnsitz zur Verfügung steht. Nachdem überdies der Gerichtsstand im Kanton Appenzell I.Rh. von der Beklagten, die sich für die sachliche Zuständigkeit ausdrücklich auf Art. 73 BVG

berufen hat, explizit anerkannt wurde, ist die örtliche Zuständigkeit gegeben.

3. a. Jeder Kanton bezeichnet gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. b BVG ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Anspruchsberechtigten entscheidet. Dieses Gericht entscheidet auch über Streitigkeiten mit Einrichtungen, welche sich aus der Anwendung von Art. 82 Abs. 2 ergeben.

Bei der gebundenen Vorsorge im Rahmen der Säule 3a handelt es sich um eine berufliche Vorsorgeform im Sinne der Art. 82 Abs. 2 BVG. Sich daraus ergebende Streitigkeiten fallen somit ebenfalls in die Zuständigkeit der kantonalen Berufsvorsorgegerichte (vgl. Art. 73 Abs. 1 lit. b BVG; Urteil 9C\_66/2008 vom 24. Juni 2008, Erw. 1).

Gemäss Art. 31 VerwGG sind Klagen auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, soweit sie das Bundesrecht vorsieht, dem Verwaltungsgericht einzureichen.

- b. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Versicherungs- bzw. Vorsorgegericht ist in sachlicher Hinsicht an die Voraussetzung geknüpft, dass die Streitigkeit die berufliche Vorsorge im engeren oder weiteren Sinn beschlägt. Das ist dann der Fall, wenn die Streitigkeit spezifisch den Rechtsbereich der beruflichen Vorsorge betrifft und das Vorsorgeverhältnis zwischen einer anspruchsberechtigten Person und einer Vorsorgeeinrichtung zum Gegenstand hat. Der Rechtsweg nach Art. 73 BVG steht dagegen nicht offen, wenn die Streitigkeit ihre rechtliche Grundlage nicht in der beruflichen Vorsorge hat, selbst wenn sie sich vorsorgerechtlich auswirkt (vgl. BGE 128 V 44, E. 1b; LOCHER, a.a.O., § 72 N 8; SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER [HRSG.], a.a.O., Art. 73 N 23).
- c. Die gebundene Vorsorge bzw. die Säule 3a im Sinne von Art. 82 BVG i. V. m. Art. 2 BVV 3 steht nur Arbeitnehmern und Selbstständigerwerbenden offen. Nichterwerbstätige sind demgegenüber davon ausgeschlossen (vgl. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Basel 2009, § 14a N 2 und 5; vgl. STAUFFER, a.a.O., N 1773). Für eine Hausfrau besteht demnach keine Berechtigung, Beiträge an die Säule 3a zu leisten. Sie gilt nicht als Arbeitnehmerin und geniesst kein Steuerprivileg für ihre Beiträge an die Säule 3a (vgl. STAUFFER, a.a.O., N 1782; BGE 119 Ia 248, E. 7 f.).

Da die Klägerin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unbestrittenmassen kein Erwerbseinkommen erzielte, sondern einzig als Hausfrau tätig war, fehlte eine zwingende Voraussetzung zum Abschluss einer rechtsgültigen gebundenen Vorsorgeversicherung. Sie konnte demnach rechtmässig keine gebundene Vorsorgepolice abschliessen. Der abgeschlossene Versicherungsvertrag als Grundlage der vorliegenden Forderungsklage ist zumindest bezüglich vereinbarter berufsvorsorgerechtlicher Komponenten, somit bezüglich der steuerrechtlichen Vorteile, folglich widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR, da sein Inhalt einer zwingenden öffentlich-rechtlichen Norm des Bundesrechts (BVG) widerspricht (vgl. HONSELL/VOGT/WIEGAND [HRSG.], Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 19 N 15 ff.).

- d. Aus dem vorgelegten Versicherungsvertrag kann demnach auch kein berufsvorsorgerechtlicher Anspruch abgeleitet werden, womit aber die sachliche Zuständigkeit des kantonalen Vorsorgegerichtes nicht gegeben ist.

(...)

(Verwaltungsgericht, Urteil V 17-2010 vom 5. April 2011)

## **2.6. Markenrecht: Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken APPENZELLER und Appenberger**

- I.1. Die Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH (...) hinterlegte die Wortmarke CH-Nr. 481605 APPENZELLER für Käse aus den Kantonen Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Thurgau, Nizza Klassifikation Nr. 29, am 21. September 2000, wobei im Markenregister die Bemerkung "durchgesetzte Marke" angebracht wurde (BF act. 6).

2. Urs Glauser betreibt eine Käserei im bernischen Oberhünigen. In der Nachbargemeinde Mirchel liegt das Seminar-, Gastronomie- und Kulturzentrum Appenberg, welches sich aus mehreren historischen Gebäuden zusammensetzt. Urs Glauser hinterlegte am 11. Januar 2008 beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) die CH-Marke Nr. 572042 Appenberger für sämtliche Waren der Nizza Klassifikation 29, darunter Milch und Milchprodukte (BF act. 15).

3. Gegen die Marke "Appenberger" hat der Rechtsvertreter der Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH mit Eingabe vom 9. September 2008 beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) Widerspruch erhoben, soweit die Marke "Appenberger" für Käse resp. Milchprodukte beansprucht werde (BF act. 16). (...)

4. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) wies mit Entscheid vom 24. September 2009 den Widerspruch der Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH ab (BF act. 18).

(...)

5. Am 11. März 2010 reichte der Rechtsvertreter der Sortenorganisation Appenzeller Käse GmbH (nachfolgen: Klägerin) Klage gegen Urs Glauser (nachfolgend: Beklagter) mit eingangs aufgeführtem Rechtsbegehren ein (act. 2).

- III.1. Zwischen den Parteien ist vorliegend strittig, ob zwischen der klägerischen Marke APPENZELLER und der beklagten Marke Appenberger eine Verwechslungsgefahr besteht. Ob eine solche besteht, ist eine Rechtsfrage und ein normativ-wertender Entscheid des Richters (vgl. MARBACH, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Dritter Band, Kennzeichenrecht, erster Halbband, Markenrecht, 2. Auflage, Basel 2009 N 942). Dabei ist immer von der Kernaufgabe der Marke auszugehen: Der rechtliche Schutz der Unterscheidungsfunktion. Tatsächliche und wirtschaftliche Funktionen, wie Kommunikations-, Werbe-, Qualitäts- oder Garantiefunktionen der Marke als solche

sind hingegen nicht geschützt. Ein gewisser, allerdings rein akzessorischer Schutz kommt diesen Markenfunktionen aber insofern zu, als diese mitgeschützt werden, wenn eine markenrechtlich relevante Beeinträchtigung der Unterscheidungsfunktion vorliegt (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 1 N 37 ff.; MARBACH, a.a.O., N 177).

Eine Marke kann ihre Unterscheidungsfunktion nur erfüllen, wenn ihr eine gewisse Exklusivität zukommt. Die rechtliche Funktion der Marke impliziert also einen weiten Schutzbereich. Derselbe darf indessen auch nicht zu weit gefasst werden, weil sonst neuen Marktteilnehmern die Zeichenbildung zu stark erschwert würde (vgl. MARBACH, a.a.O., N 676 f.). Insbesondere im Interesse von Konkurrenten können schutzunfähige Elemente nicht und an Gemeingut anlehende Bestandteile nur eingeschränkt monopolisiert werden (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 10).

Zweck der Marke ist es nämlich, die gekennzeichneten Waren von anderen Waren zu unterscheiden, um die Verbraucher in die Lage zu versetzen, ein einmal geschätztes Produkt in der Menge des Angebots wiederzufinden (vgl. BGE 122 III 382, E. 1).

2. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, die einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt.

Dieses markenrechtliche Ausschliesslichkeitsrecht steht der Klägerin als Inhaberin der Marke APPENZELLER als älterer Marke zu, da sie ihre Marke im Jahr 2000 rund sieben Jahre vor dem Beklagten beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum hinterlegt hat.

Die rechtlich geschützte Unterscheidungsfunktion der älteren Marke ist beeinträchtigt, wenn zu befürchten ist, dass die massgeblichen Verkehrskreise sich durch die Ähnlichkeit der Zeichen irreführen lassen und Waren dem falschen Markeninhaber zurechnen, oder falls das Publikum die Zeichen zwar auseinanderhalten vermag, aufgrund ihrer Ähnlichkeit aber falsche Zusammenhänge vermutet (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 1 N 30 f.; BGE 122 III 382, E. 1; BGE 128 III 441).

Diese Verwechslungsgefahr hängt neben der Zeichenähnlichkeit insbesondere von der Kennzeichnungskraft der älteren Marke und der Ähnlichkeit der Waren ab. Auch ist von Bedeutung, an welche Verkehrskreise sich die betreffenden Waren richten. Diese Kriterien bilden ein bewegliches System: Je näher sich die Waren sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker muss sich das jüngere Zeichen vom älteren abheben (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 1 N 45 ff.).

Um im Rahmen einer Gesamtbewertung die Verwechslungsgefahr beurteilen zu können, ist im Einzelnen zuerst zu bestimmen, in welchem Grad die genannten Kriterien - Gleichartigkeit der von den Parteien unter ihrer Marke angebotenen Käse, Zeichenähnlichkeit der beiden Marken APPENZELLER und Appenberger, Kennzeichnungskraft der Marke APPENZELLER, massgeblicher Ver-



kehrskreis - erfüllt sind.

3. a. Das Kriterium der Gleichartigkeit definiert den Exklusivitätsbereich einer Marke in produktspezifischer Hinsicht. Selbst ein identisches Zeichen beeinträchtigt die Unterscheidungskraft solange nicht, als es für völlig andersartige Waren gebraucht wird (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N 616 ff.). Ob Waren gleichartig sind, definiert sich aufgrund einer rein gattungsbezogenen Sichtweise. Gegenübergestellt und verglichen werden nicht spezifische Angebote einzelner Konkurrenten, sondern die Angebote ganzer Branchen (vgl. MARBACH, a.a.O., N 796). Geprüft wird ganz abstrakt, ob eine marktbezogene Nähe gegeben ist. Ausgeklammert bleiben alle marketingmässigen Segmentierungen, insbesondere Preis, Qualität und Vertrieb. Gold- und Plastikuhren z.B. sind gleichartig, auch wenn sie marketingmässig betrachtet völlig unterschiedliche Abnehmer ansprechen (vgl. MARBACH, a.a.O., N 821 f.; NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 274, 235 ff.). Für das Vorliegen von Gleichartigkeit spricht, wenn sich die Waren unter den gleichen Oberbegriff der Nizza-Klassifikation subsumieren lassen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 246), wenn sie funktionell austauschbar bzw. dem gleichen Zweck dienen. Lebensmittel des täglichen Bedarfs (Klasse 29 und 30) gelten weitgehend als gleichartig (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 249, 254). Kriterien wie Herstellungs- und Vertriebsort vermögen lediglich schwächere Ähnlichkeitsstufen zu begründen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 228 f., N 256 f.).
  - b. Die Klägerin führt aus, dass mit den beiden Käsen APPENZELLER und Appenberger identische Produkte vorliegen würden und somit Warenidentität gegeben sei.
  - c. Der Beklagte hingegen meint, dass zwischen den beiden Käsen lediglich Warenähnlichkeit bestehe. Gemäss dem Swissregauszug würde mit der Marke APPENZELLER Käse aus den Kantonen Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Thurgau geschützt. Sein Käse würde aber nicht in diesen Regionen hergestellt. Der Beklagte verkaufe seinen Käse als Spezialität an Restaurants sowie an kleine und unabhängige Fachgeschäfte, während sich die Klägerin mit ihren Käsesorten an das breite Publikum wende. Die Produkte seien also unterschiedlich positioniert und würden sich daher nicht oder nur beschränkt konkurrenzieren.
  - d. Beide strittigen Marken beanspruchen die Kennzeichnung für Waren gemäss Nizza-Klassifikation 29, worunter auch Milch und Milchprodukte fallen, weshalb die beiden Marken zumindest gleichartig sind. Die Klägerin beansprucht ihren Markenrechtsschutz nur für Käse, womit bezüglich der von ihr bestrittenen Marke Appenberger, soweit diese für Käse beansprucht wird, sogar Warengleichheit vorliegt. Keine Rolle spielen dabei die unterschiedlichen Herstellungsorte und die aktuell bestehende unterschiedliche Vermarktungsstrategie von APPENZELLER und Appenberger.
4. a. Damit ein relativer Ausschlussgrund gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG bejaht werden kann, muss immer eine rechtlich relevante Zeichenähnlichkeit vorliegen, welche sich bei Wortmarken durch Schriftbild, Wortklang und Sinngehalt bestimmt (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 130). Da die

Zeichenähnlichkeit auf verschiedenen Gedächtnisstufen visuell, akustisch und semantisch verarbeitet wird, ist sie grundsätzlich in allen drei Dimensionen zu untersuchen. Die Kombination der Blickwinkel erlaubt jedoch, im Einzelfall einem Aspekt grösseres Gewicht einzuräumen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 173 ff.). Fehlt die Zeichenähnlichkeit, so haben zwei konkurrierende Zeichen in jedem Fall nebeneinander Platz.

Der Gesamteindruck wird durch die kennzeichnenden Markenelemente geprägt, während stark beschreibende oder funktionale Elemente weniger ins Gewicht fallen. Weil die Marken als Ganzes zu würdigen sind, dürfen sie bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr aber nicht in ihre Einzelteile zergliedert und isoliert betrachtet werden. Eine gewisse Gewichtung ist allerdings unvermeidlich. Stimmen zwei Marken aber ausschliesslich in gemeinfreien Elementen überein, liegt keine markenrechtlich relevante Zeichenähnlichkeit vor (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N 643 ff.; NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 121 f.). Ausserhalb der Zeichen liegende Umstände, z.B. übrige Aufmachung der Verpackung, sind unbeachtlich. Derartige, ausserhalb der zu vergleichenden Zeichen liegende, Umstände finden aber im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung Berücksichtigung und können möglicherweise eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr ausschliessen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 118 ff.).

Das Schriftbild wird vor allem durch die Wortlänge sowie die Art und Stellung der verwendeten Buchstaben geprägt. Reine Wortmarken sind unabhängig von ihrer konkreten grafischen Gestaltung geschützt. Unterschiede bei der jüngeren Marke wie Gross- oder Kleinbuchstaben, Schrifttypen oder Schriftgrössen bewirken kein rechtlich relevantes abweichendes Schriftbild. Kurzwörter werden optisch und akustisch leichter erfasst und prägen sich besser ein als längere Wörter, da sich die Gefahr, dass den Adressaten Unterschiede entgehen, verringert. Von Bedeutung ist die Stelle, an der in konfligierenden Zeichen Gemeinsamkeiten oder Unterschiede auftreten. Eine optische Veränderung kann sehr unterschiedlich ausfallen, je nachdem wo sie vorgenommen wird, am Anfang oder am Ende des Wortes. Besondere Beachtung verdient der Wortanfang. Abweichungen oder Übereinstimmungen in den Endungen fallen meist weniger ins Gewicht. Aus linguistischer Sicht ist vor allem auf den Wortstamm abzustellen. Ist dieser identisch, liegt eine hohe Ähnlichkeit vor (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 131 ff.).

Der Wortklang, auf welchen bei Wortzeichen in erster Linie abgestellt wird, hängt wesentlich von der Aussprache der Zeichen ab. Eine übereinstimmende Anzahl Silben kann zu einem ähnlichen Wortklang führen. Auch ist bei der Bestimmung des Wortklangs in erster Linie der in einer Silbe besonders hervortretende Laut, der sogenannte Silbenträger, zu vergleichen. Die gleiche Vokalfolge zweier Marken führt oft zu einem weitgehend übereinstimmenden Wortklang. Konsonanten fallen dann ins Gewicht, wenn es sich um Silbenträger handelt. Bei Konsonanten ist insbesondere auf die Artikulationsart, Artikulationsstelle und Sonorität abzustellen. Gemeinfreie oder schwache Silben vermögen in der Regel keine relevante Ähnlichkeit zu begründen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 139, 144 ff.; 173).

Wesentliche Bedeutung kommt schliesslich dem Sinngehalt zu. Der durch-

schnittliche Markenadressat verarbeitet gedanklich, was er hört oder liest. Weist eine Wortmarke einen markanten Sinngehalt auf, der sich in der anderen Marke nicht wiederfindet, so ist die Wahrscheinlichkeit geringer, dass sich das kaufende Publikum durch einen ähnlichen Klang oder ein ähnliches Schriftbild täuschen lässt (vgl. BGE 121 III 377, E. 2 b). Begriffliche Ähnlichkeiten in gemeinfreien Elementen schaffen für sich allein keine markenrechtlich hinreichende Zeichenähnlichkeit (vgl. MARBACH, a.a.O., N 889).

- b. Die Klägerin erachtet die Zeichen APPENZELLER und Appenberger als offenkundig ähnlich. Auch vermittele das Zeichen Appenberger als Fantasiezeichen keinen Sinngehalt, welcher abgrenzend wirke. Dass der Appenberg einem Grossteil der Schweizer Bevölkerung bekannt sei, habe der Beklagte nicht bewiesen. Jeder Käse mit der Silbe "Appen" assoziiere mit der Marke Appenzeller.
- c. Die Beklagte hingegen führt aus, dass zwischen den beiden Zeichen ein ausreichender Zeichenabstand bestehe. Auch wenn zwischen den beiden Marken hinsichtlich Wortklang und Schriftbild eine gewisse Nähe bestehe, sei davon auszugehen, dass das Publikum die beiden Zeichen in seinem Erinnerungsbild auseinanderhalten könne. APPENZELLER werde von den Abnehmern mit dem Kanton oder der Gemeinde Appenzell assoziiert. Hinsichtlich der Marke des Beklagten sei aufgrund der für Regionen und Ortschaften typischen Endung "-berg" davon auszugehen, dass das schweizerische Publikum das Zeichen zumindest abstrakt als geografische Bezeichnung bzw. als auf einen Berg hindeutende Wortendung erkennen und ihr einen entsprechenden Sinngehalt beimessen würden. Da gerade Käsemarken häufig einen Bezug zum Produktionsort oder der betreffenden Region ausweisen würden, sei deshalb davon auszugehen, dass die massgebenden Verkehrskreise den Sinngehalt der Marke "Appenberger" zumindest dem Grundsatz nach erkennen und verstehen würden.
- d. Die beiden Marken Appenberger und APPENZELLER unterscheiden sich im Schriftbild und Wortklang in den beiden Wortteilen -ZELL- und -berg-. Bezüglich Schriftbild unterscheiden sich die beiden Marken trotz ihrer Länge, identischer Buchstabenanzahl, identischer Vokalfolge und identischem Wortanfang doch durch diese beiden unterschiedlichen Elemente -ZELL- und -berg- in der Wortmitte, welche sich optisch deutlich voneinander abheben. Auch werden diese beiden Wortteile unterschiedlich ausgesprochen: ein dominantes zischendes "Z" als Silbenträger und ein eher unauffälliges weiches "LL" bei APPENZELLER gegenüber einem stummen weichen "b" einem prägnanten rollenden "r" und einem gutturalen "g". Letztlich ist festzustellen, dass sämtliche Elemente der beiden Marken wie "Appen", "zeller" und "berger" stark beschreibend sind.

Hinzu kommt, dass der abweichende Sinngehalt der beiden Marken deren optische oder akustische Nähe in den gemeinsamen Elementen "Appen-" und "-er" zu kompensieren vermag. Mit der Marke APPENZELLER assoziiert der durchschnittliche Schweizer eine geographische Herkunftsangabe, nämlich den bekannten Kantons- und Ortsnamen Appenzell oder dessen Einwohner. Den Begriff Appenberger setzt der Durchschnittsschweizer durch den Wortteil -bergebenfalls mit einer geographischen Herkunft in Beziehung, auch wenn nicht bewiesen ist, dass der Appenberg dem Grossteil der Schweizer Bevölkerung

bekannt ist. Insofern ist von einer geringen Zeichenähnlichkeit auszugehen.

5. a. Der Schutzzumfang einer Marke bestimmt sich nach ihrer Kennzeichnungskraft: Er ist umso grösser, je höher ihre Kennzeichnungskraft ist. Dabei wird zwischen schwachen, normalen und starken Marken unterschieden. Starke Marken geniessen einen grossen Schutzzumfang, während bei schwachen Zeichen bereits bescheidene Abweichungen genügen, um einen rechtlich ausreichenden Abstand einzuhalten. Durchschnittliche Zeichen geniessen einen durchschnittlichen Schutzzumfang (vgl. NOTH/BÜHLER/THOU-VENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 69 ff.).

Starke Marken sind das Ergebnis einer schöpferischen Leistung oder langer Aufbauarbeit. In der Schweiz verlangt die Praxis in der Regel einen langjährigen Gebrauch der Marke und intensive Werbung. Eine Marke wird namentlich dadurch gestärkt, dass sie auf dem Markt eine hohe Bekanntheit erlangt hat. Auch bei grosser Bekanntheit einer Marke wird der Schutzzumfang andererseits durch die Freihaltebedürftigkeit der verwendeten Grundelemente resp. die Zahl der frei verfügbaren Alternativen begrenzt (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 76, 98, 100).

Das Bundesgericht qualifiziert Marken, die sich im Verkehr durchgesetzt haben, grundsätzlich als stark (vgl. BGE 128 III 441, E. 3.2). Verkehrsdurchsetzung bewirkt zunächst allein, dass ein ursprünglich gemeinfreies Zeichen Kennzeichnungskraft erwirbt und den absoluten Schutzausschlussgrund von Zeichen im Gemeingut überwindet. Erst weitere Benutzungshandlungen und Werbeanstrengungen lassen dieses grundsätzlich schwache Zeichen - da ihm die Mängel des offensichtlichen Sachhinweises nach wie vor anhaften - möglicherweise zu einer normalen und schliesslich zur starken Marke werden. Es bedarf deshalb einer besonderen Begründung, um ein durchgesetztes Zeichen als starke Marke zu qualifizieren (vgl. NOTH/BÜHLER/THOU-VENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 85, 110 ff.; MARBACH, a.a.O., N 984; DAVID, Bemerkungen zu BGE 128 III 441, AJP 4/2003, S. 428 ff.).

- b. Die Klägerin macht geltend, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 128 III 441 die Marke APPENZELLER als starke Marke eingestuft habe. Die Klägerin habe in Jahrzehnte langer Aufbauarbeit in eine Marke investiert und diese erfolgreich im Markt positioniert. Es bestehe kein Indiz und die Beklagte habe auch nicht versucht zu beweisen, dass diese zwischenzeitlich an Stärke eingebüsst haben könnte. In der Schweiz gebe es nur drei Ortsbezeichnungen mit der Vorsilbe "Appen". Die Seltenheit dieser Silbe belege die stark kennzeichnende Wirkung der Marke Appenzeller. Entsprechend habe die Klägerin Anspruch darauf, dass ihrer Hauptmarke APPENZELLER der Exklusivbereich eines starken Zeichens zugestanden werde.
- c. Diesen Ausführungen hält der Beklagte entgegen, dass das Bundesgericht der Klägerin mit seinem Entscheid BGE 128 III 441 keinen allumfassenden Abwehranspruch gegen sämtliche ihr unliebsamen Zeichen zugesprochen, sondern lediglich den Gebrauch der Marke Appenzeller Natural untersagt habe, welche im Gegensatz zur Marke des Beklagten mit dem Zeichen Appenzeller<sup>®</sup> SWITZERLAND tatsächlich als verwechselbar angesehen werden müsse. Entscheidendes Kriterium sei dabei gewesen, dass das "die Erinnerung prägende

Element" bei beiden Marken aus der Bezeichnung "Appenzeller" bestanden habe. Der vorliegende Fall, in welchem die interessierenden Marken einzig in der wenig kennzeichnungskräftigen Vorsilbe "Appen" übereinstimmen würden, sei völlig anders zu beurteilen. Die aus einer grundsätzlich freihaltebedürftigen Herkunftsangabe gebildete Marke APPENZELLER würde keinen originellen und unterscheidungskräftigen Gehalt aufweisen. Gerade Käsemarken würden häufig einen Bezug zum Produktionsort oder der betreffenden Region aufweisen.

- d. Dass sich die klägerische Marke APPENZELLER, wie dies das Bundesgericht in Erwägung 1.4 des Entscheids vom 21. August 2002 (BGE 128 III 41) feststellte, im Verkehr durchgesetzt hat, ist nicht wirklich strittig, zumal sie sonst wegen eines absoluten Ausschlussgrundes gemäss Art. 2 MSchG nicht hätte als Marke eingetragen werden können. Unbestrittenermassen ist die Marke APPENZELLER auch Ergebnis einer langen Aufbauarbeit mit intensiver Werbeanstrengung, unter anderem auch am Fernsehen zu Zeiten höchster Einschaltquoten. APPENZELLER Käse ist seit Generationen sowohl beim Detailfachhändler als auch beim Grossverteiler erhältlich und erreicht einen hohen Bekanntheitsgrad.

Andererseits ist die Bezeichnung "Appenzeller" grundsätzlich als gemeinfreier Begriff zu werten. Eine Monopolisierung von Ortsnamen ist in der Regel nur zugelassen, wenn es wegen der Kleinheit des Ortes keine anderen Betriebe gibt, die auf diesen Namen angewiesen sind (vgl. DAVID, a.a.O., AJP 4/2003, S. 429). Dass Appenzell diese Vor-aussetzungen erfüllt, ist zu verneinen, werden doch auch andere Waren wie Liqueure und das Gebäck "Biber" mit dem Zusatz "Appenzeller" vermarktet.

Bedeutend im vorliegenden Fall ist insbesondere, dass sich nicht wie im Entscheid des Bundesgerichts vom 21. August 2003 (BGE 128 III 41) - in welchem es die Verwechselbarkeit der Marke Appenzeller Natural mit der Wort-Bild-Marke Appenzeller® SWITZERLAND bejahte - zwei Marken mit identischem Element "Appenzeller", sondern zwei unterschiedliche, aus beschreibenden Elementen "Appen-", "-berger" und "-zeller" zusammengesetzte Marken gegenüberstehen, weshalb der Schutzzumfang entsprechend zu begrenzen ist.

Charakteristisch und somit auch die Erinnerung prägend ist das Wort Appenzeller als Ganzes, wie dies auch das Bundesgericht im nämlichen Entscheid festhielt, weshalb die Marke APPENZELLER auch eine erhöhte Kennzeichnungskraft genießt, nicht jedoch deren einzelner Wortbestandteil "Appen-".

6. a. Ausgangspunkt für die Bestimmung der massgeblichen Verkehrskreise ist das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke. Auf dieser Grundlage sind die massgeblichen Produkte normativ objektiviert zu definieren. Keine Rolle spielt eine spezifisch marketingmässige Positionierung im Wettbewerb. Die massgeblichen Verkehrskreise bilden die aktuellen und potenziellen Abnehmer der normativ objektiviert definierten Waren (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 49 f.).

Betreffend des Verkehrskreises sind nur die Verhältnisse in der Schweiz massgebend. Solange schweizerische Marken zur Diskussion stehen, müssen sich auch Exportmarken an schweizerischen Verhältnissen messen lassen (vgl. DAVID, a.a.O., Art. 3 N 14). Der durch die Registereintragung vermittelte Schutz ist stets auf das Gebiet der Schweiz beschränkt, sog. Territorialitätsprinzip oder Schutzlandprinzip (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Einleitung N 23 f.).

- b. Die Klägerin ist der Meinung, es sei ein freier Entscheid des Markeninhabers, wie er sein Produkt positionieren wolle. Eine Marke, welche heute zur Kennzeichnung einer Spezialität diene, könne morgen an einen industriellen Käsefabrikanten verkauft werden und völlig anders eingesetzt werden. Daher erfolge die markenrechtliche Beurteilung auch unter diesem Titel normativ, und die aktuelle Positionierung des konkurrierenden Angebotes spiele im Verletzungsprozess keine Rolle. Es spiele keine Rolle, ob auf der Etikette auch noch zusätzliche Zeichenelemente eingesetzt würden. Im Markenrecht seien die Zeichen als solche zu vergleichen.
- c. Der Beklagte erwidert, dass er mit seinem Käse eine qualitativ sehr hochstehende Käsespezialität geschaffen habe, welche in einem ganz anderen Segment positioniert sei als die Massenprodukte der Klägerin. Verkauft würde der Appenberger Käse an Restaurants sowie an kleine und unabhängige Fachgeschäfte. Eine direkte Konkurrenzsituation zwischen den Parteien bestehe damit nur sehr beschränkt.

Hinzu komme, dass der markenrechtliche Schutz auf das Gebiet der Schweiz beschränkt sei. Inländische Marken könnten nicht durch im Ausland begangene Handlungen verletzt werden. Nur die Aufmerksamkeit des schweizerischen Abnehmers sei deshalb massgebend.

- d. Massgeblicher Verkehrskreis für den von den Parteien angebotenen Käse sind einerseits Detailfachgeschäfte und andererseits Grossverteiler. Irrelevant ist die aktuelle Vermarktung durch den Beklagten, da es ihm offen steht, den konkreten Einsatzbereich seiner Marke zu verändern.
7. a. Auf Verwechslungsgefahr ist zu schliessen, sobald die Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt resp. wenn die zuordnende, individualisierende Funktion der Marke gestört wird. Erforderlich ist, dass der durchschnittliche Verbraucher die Marken mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verwechselt (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, N 657).

Unmittelbare Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn aufgrund der Ähnlichkeit der Marken Fehlzurechnungen zu befürchten sind, weil die massgeblichen Verkehrskreise die Zeichen nicht hinreichend auseinanderzuhalten vermögen. Keine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn die zu vergleichenden Marken nur in Elementen übereinstimmen, die an sich nicht eintragungsfähig sind, wie beschreibende Angaben, einfache Zeichen oder Freizeichen (vgl. DAVID, a.a.O., Art. 3 N 30; MARBACH, a.a.O., N 960). Das Unterscheidungsvermögen der massgebenden Verkehrskreise wird dabei durch die Umstände mitbeeinflusst, unter denen sich der Handel mit Waren der in Frage stehenden

Gattung abzuwickeln pflegt und hängt insbesondere von der Aufmerksamkeit ab, die beim Einkauf solcher Waren gewöhnlich angewendet wird (vgl. BGE 121 III 377, E. 2.a.). Der Konsument hat die von ihm gesuchte Marke oft nur unpräzise in Erinnerung. Beim Vergleich der Marken ist daher auf diejenigen Merkmale abzustellen, die geeignet sind, auch in einem durchschnittlich unvollkommenen Gedächtnis eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Konsumenten auszugehen (vgl. NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 22 ff., 31, 51; DAVID, a.a.O., Art. 3 N 15; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N 657 ff.; BGE 122 III 382, E. 1, E. 5.a.). Starke und bekannte Marken bleiben nicht nur eher, sondern auch präziser in der Erinnerung der Konsumenten haften, so dass Abweichungen eher wahrgenommen werden (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N 664 ff.; BGE 122 III 382, E. 2.a.). Bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs ist die Aufmerksamkeit der Konsumenten meistens geringer als bei teuren Investitionsgütern sowie Spezialprodukten, deren Abnehmerkreise auf Fachkreise beschränkt bleiben (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N 671 f.; NOTH/BÜHLER/THOUVENIN [HRSG.], a.a.O., Art. 3 N 51 ff.; BGE 122 III 382, E. 3.). Das Bundesgericht attestierte jedoch dem Konsumenten teilweise auch bei Lebensmitteln, welche es grundsätzlich zu den Massenartikeln des täglichen Bedarfs zählt, bei Alternativenangeboten eine höhere Aufmerksamkeit, um sicherzustellen, dass er keinem Irrtum erliege (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4C.332/2006 Rama Cremefine).

Mittelbare Verwechslungsgefahr ist gegeben, wenn sich die beiden Marken zwar im direkten Vergleich unterscheiden lassen, aufgrund ihrer konzeptionellen Ähnlichkeit jedoch befürchtet werden muss, dass die Abnehmer falsche Rückschlüsse ziehen könnten: Sei es, dass sie die ähnlich markierten Produkte irrtümlicherweise der gleichen Serie zuordnen, oder sei es, dass sie zumindest von einer unternehmensmässigen Verbundenheit ausgehen. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn ein Zeichen als Teil einer fremden Markenserie erscheint. Eine Markenserie basiert auf einem gemeinsamen Stammbestandteil. Dieser muss kennzeichnungskräftig sein, sodass ihm ein Hinweis auf den Markeninhaber entnommen werden kann. Die Serienmarke des Markeninhabers muss bereits auf dem Markt präsent, dem Publikum effektiv als solche bekannt und im Verkehrsverständnis verankert sein (vgl. MARBACH, a.a.O., N 966).

Bleiben bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit immer noch Zweifel bestehen, so darf auch auf das Verschulden des Verletzers abgestellt werden. Hat er das ältere Kennzeichen gekannt und eine Verwechslung mit ihm bewusst in Kauf genommen, darf angenommen werden, dass solch nicht unerwünschte Verwechslungen auch eintreten werden (vgl. DAVID, a.a.O., Art. 3 N 16; BGE 95 II 469).

- b. Die Klägerin bringt einerseits vor, dass Käse in die Kategorie der Konsumgüter des täglichen Bedarfs fallen würde. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Konsument in der Hast des täglichen Einkaufs unter einer Marke Appenberger einen Bergkäse der Appenzeller Käsewirtschaft erwarte und damit in die Irre geführt werde.

Andererseits befürchtet die Klägerin, dass der Konsument aufgrund der ähnli-

chen Zeichenbildung wirtschaftliche Querbeziehungen vermute und in einer Produktemarke "Appenberger" ein diversifiziertes Angebot der Klägerin sehe, z.B. einen Appenzeller Bergkäse. Die Klägerin beschäftige sich seit einiger Zeit mit dem Projekt, ihr Angebot auf dem deutschen Exportmarkt zusätzlich zu segmentieren und nebst den klassischen Qualitätsstufen APPENZELLER classic, APPENZELLER surchoix und APPENZELLER extra eine Qualität APPENZELLER Bergkäse einzuführen. Zur Kennzeichnung von Spezialitäten und Produkten im Randbereich ihres Angebotes habe die Klägerin ihre angestammte APPENZELLER Marke zudem seit jeher auch variiert. So sei sie Eigentümerin der beiden Marken ALPENZELLER und ZELLER. Der Konsument sei sich also gewöhnt, dass die Klägerin mit ihrer Marke spiele.

Schliesslich bestünde keine sachliche Notwendigkeit für die Zeichenwahl des Beklagten. Ein Verzicht auf das Zeichen Appenberger sei ihm ohne weiteres zumutbar. Er hätte seinen Hauskäse ebenso gut Oberhüniger bezeichnen können. Die Vermutung liege auf der Hand, dass der Beklagte einzig deswegen den Namen Appenberger gewählt habe, um gewissermassen im Schutz der lokalen Flurbezeichnung Appenberg mit der Bekanntheit der Appenzeller Marke zu spielen.

- c. Der Beklagte erwidert, für den Konsumenten sei Käse kein gewöhnliches Gut des täglichen Bedarfs, sondern er nehme sich genügend Zeit, um aus der breiten Palette an verschiedensten Arten und Sorten ein Produkt auszuwählen, das seinen Wünschen entspreche. Das im Gedächtnis des Publikums verankerte Stammelement der von der Klägerin vorgenommenen qualitativen Segmentierung ihres Angebots bestehe nicht aus dem Element "APPEN", sondern aus dem vollständigen Markennamen "Appenzeller<sup>®</sup> SWITZERLAND". Die Klägerin gehe selbst davon aus, dass das kennzeichnungskräftige Element ihrer Marken die Endung "zeller" sei, welche sie in den Variationen "Alpenzeller" und "Zeller" übernommen habe. Diese Vorsilbe "Appen" habe sie demgegenüber entweder stark verändert oder sogar ganz weggelassen. Die wenig kennzeichnungskräftigen Vorsilbe "Appen" sei deshalb von untergeordneter Bedeutung. Ebenfalls würde die Klägerin die Marke "Appenzeller<sup>®</sup> SWITZERLAND" stets mit einem auf die einzelnen Ausprägungen hindeutenden Zusatz "classic", "surchoix"; "extra", "1/4-fett mild", "1/4-fett raess" und "bio" ergänzen.

Anders als beispielsweise Nestlé trete die Klägerin am Markt nicht mit einer aus einer verkürzten Form des Stammzeichens sowie einem produktspezifischen Zusatz gebildeten Markenserie auf (z.B. Nespresso), welche das Publikum dazu verleiten könnte, auch andere Zeichen mit diesem Bestandteil ihrem Unternehmen zuzuordnen.

Schliesslich sei die Bezeichnung "Appenberg" nicht bloss ein Flurname, sondern stehe gleichzeitig auch für einen weit über die Region Emmental hinaus bekannten und rege besuchten Hotel- und Gastronomiebetrieb mit zwölf alten und schmucken Häusern. Dessen Wirteehepaar habe zusammen mit dem Beklagten die Idee entwickelt, eigens für die Hotelgäste einen gleichnamigen Käse als Hauskäse herzustellen.

- d. Bei der Vermarktung über den Detailfachhändler kann die Verwechslungsgefahr der beiden Marken APPENZELLER und Appenberger verneint werden,



zumal der Konsument eine spezielle Käsemarke – zum Beispiel APPENZELLER – wünscht und sich diese vom Käsefachhändler verkaufen lässt. Eindeutig keiner Verwechslungsgefahr unterliegt auch derjenige Abnehmer, welcher den Käse direkt bei den Produzenten bezieht, zumal ihm dann auch bewusst ist, welche Marke dieser Produzent herstellt.

Käse ist in der heutigen Konsumgesellschaft nicht mehr nur ein alltägliches Lebensmittel, sondern vielmehr ein geschätztes Naturprodukt mit unterschiedlichsten Geschmacksrichtungen. Der Konsument will nicht irgendeinen Käse, sondern er will denjenigen Käse, der seinen Geschmacksempfindungen entspricht. Wer den APPENZELLER Käse kennt und ihn gerne konsumiert, der achtet beim Einkauf auch in einem Grossverteiler darauf, dass er z.B. nicht irgendeinen Bergkäse, welcher praktisch in jeder Schweizer Bergregion produziert wird und die unterschiedlichsten Geschmacksrichtungen aufweist, sondern eben gerade APPENZELLER Käse - allenfalls einen APPENZELLER Bergkäse - kauft.

Der Sinngehalt der Marke APPENZELLER, welcher sich dem Durchschnittskonsumenten aufdrängt, ist, wie bereits erwähnt, der geographische Bezug zur Region Appenzell bzw. deren Bevölkerung. Die Marke APPENZELLER als bekannte Marke bleibt dem durchschnittlichen Konsumenten als ganzer Name präzise in Erinnerung haften.

Die Klägerin behauptet nicht, dass sie bereits eine Markenserie mit ihrer Marke APPENZELLER auf den Markt gebracht hat. Sie bringt jedoch vor, dass sie allenfalls ihr Angebot auf dem deutschen Exportmarkt zusätzlich um eine Qualität Bergkäse ergänzen wolle. Dies ist vorliegend jedoch für die Verwechslungsgefahr nicht von Bedeutung, zumal der Schutz der CH-Marke APPENZELLER nur auf das Gebiet der Schweiz beschränkt ist. Für den Schweizer Markt wird es an der Klägerin liegen, einen solchen Bergkäse möglichst an ihre bekannte Marke APPENZELLER, welche erhöhte Kennzeichnungskraft genießt, zu binden, allenfalls in gleicher Art wie sie ihre einzelnen Qualitäten bis anhin mit den Zusätzen "classic", "surchoix", "extra", "bio" voneinander abgegrenzt hat. Mit ihrem Markenspiel, aus welchem ihre beiden eingetragenen CH-Marken ALPENZELLER und ZELLER entstanden sind, verzichtet sie selbst auf den von ihr behaupteten kennzeichnungsstarken Bestandteil "Appen" ihrer Marke APPENZELLER. Hinzu kommt, dass sich die Klägerin mit die Marke ZELLER nicht an den durchschnittlichen Käsekonsumenten richtet, sondern diesen zur industriellen Verarbeitung auf den Markt bringt. Beide Marken ZELLER und ALPENZELLER sind auf dem Markt praktisch nicht präsent, lassen sich doch die beiden Marken unter anderem weder aus der Homepage der Klägerin noch allgemein im Internet finden. Prägendes Markenelement ist somit das ganze Wort "Appenzeller". Allein die Hinterlegung der beiden weiteren CH-Marken ALPENZELLER und ZELLER bilden noch keinen Serienstatus; jedenfalls könnten diese beiden Marken bereits wegen der fehlenden Zeichenähnlichkeit nicht mit der Marke Appenberger verwechselt werden.

Schliesslich ist wohl davon auszugehen, dass der Beklagte die Marke APPENZELLER als Käsereifachmann kennt. Eine absichtliche Anlehnung an die Marke der Klägerin kann dem Beklagten hingegen nicht unterstellt werden. Es ist nachvollziehbar, dass er für die Kennzeichnung seines Käses den zu-

mindest regional bekannten Hotel- und Gastronomiebetrieb Appenberg in seiner Nachbargemeinde auswählte, zumal dieser Betrieb einen Hauskäse für seine Gäste anbietet.

8. Zusammenfassend wird festgehalten, dass keine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken APPENZELLER und Appenberger besteht. Der markante Sinngelalt der Marke APPENZELLER wird auch von Konsumenten, welche ihre Einkäufe in Grossverteilern tätigen, wahrgenommen. Auch ist sich der Konsument des klägerischen Käses nicht gewohnt, dass dieser anders bezeichnet ist als mit dem ganzen Wort "Appenzeller", und als ein spezielles Käseprodukt Suchender wird er sich besonders auf diese Wort bzw. auf die klägerische Marke achten. Dass allenfalls eine entfernte Möglichkeit von Verwechslungen bestehen bleibt, ist nach den obigen Erwägungen unerheblich.

Die Klage ist demnach vollumfänglich abzuweisen.

(...)

(Kantonsgericht, Urteil K 1-2010 vom 1. März 2011;  
bestätigt durch BGer, 4A\_281/2011 vom 26. September 2011)

## **2.7 Qualifikation einer erbvertraglichen Klausel, in welcher sich die Erblasser gegenseitig als Alleinerben einsetzen und verfügen, dass der Nachlass des Überlebenden anteilmässig an die Erben beider Ehegatten zufallen soll**

1. Die Ehegatten A. A. und B. A.-B. haben am 9. August 1958 in São Paolo geheiratet. Vorgängig schlossen sie am 14. Juli 1958 einen Ehevertrag nach brasilianischem Recht in São Paolo ab und unterstellten sich dem Güterstand der absoluten Gütertrennung. Die Ehe blieb kinderlos.
2. Am 11. November 1992 liessen die Ehegatten A.-B. an ihrem damaligen Wohnsitz Appenzell durch den Landschreiber Wilhelm Rechsteiner folgenden Erbvertrag beurkunden:

"I. Die Ehegatten A. A. und B. A.-B. setzen sich gegenseitig als Alleinerben ihres ganzen Nachlasses ein.

II. Wir vereinbaren:

1. Durch diesen Erbvertrag werden sämtliche allenfalls vor dem heutigen Tag errichteten und dieser Vereinbarung widersprechenden letztwilligen Verfügungen beider Vertragsparteien widerrufen.
2. Jeder Ehegatte setzt für den Fall, dass er den anderen überleben sollte oder bei gleichzeitigem Ableben, als Erben ein:
  - zu  $\frac{1}{4}$  zu gleichen Teilen die Kinder von C. A., Bruder von A. A., wobei an

die Stelle allenfalls vorverstorbenen Kinder deren Nachkommen treten,

- zu  $\frac{1}{4}$  zu gleichen Teilen die Kinder von D. C.-A., Schwester von A. A., wobei an die Stelle allenfalls vorverstorbenen Kinder deren Nachkommen treten,
  - zu  $\frac{1}{4}$  zu gleichen Teilen die Kinder von E. D.-A., Schwester von A. A., wobei an die Stelle allenfalls vorverstorbenen Kinder deren Nachkommen treten,
  - zu  $\frac{1}{4}$  zu gleichen Teilen die Kinder von F. B., Bruder von B. A.-B., wobei an die Stelle allenfalls vorverstorbenen Kinder deren Nachkommen treten.
3. Jeder Ehegatte ist im Falle des Nachversterbens berechtigt, die Erbenberufung seiner eigenen gesetzlichen Erben durch Verfügung von Todes wegen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten aufzuheben oder beliebig zu ändern.
4. Alle Erbschaftssteuern sind vorweg aus dem Nachlassvermögen zu bezahlen.
- III. Auf den Nachlass beider Ehegatten soll Schweizer Recht zur Anwendung kommen.

#### IV. Letztwillige Verfügungen

1. A. A. ernennt zu seinem Willensvollstrecker:

Herrn lic.jur. X.,

2. B. A.-B. ernennt zu ihrem Willensvollstrecker:

Herrn lic.jur. X,

mit dem Recht auf Substitution für den Fall, dass X das Mandat aus irgendeinem Grunde nicht annehmen kann. [...]"

3. Die Ehegatten A.-B. liessen am 11. April 1995 wiederum in Appenzell vor dem Landschreiber Wilhelm Rechsteiner folgenden Ehevertrag beurkunden:

"[...]"

#### A. Feststellungen:

- Wir verehelichten uns am 9. August 1958 in Sao Paulo/Brasilien.
- Wir haben im Kanton Appenzell-I.Rh. eine Aufenthaltsbewilligung und wohnen seit 1991 (bzw. 1992 Ehefrau) in Appenzell. Wir haben unseren gesetzlichen Wohnsitz in der Schweiz, in welchem Lande wir uns mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhalten (Art. 20 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht).
- Unsere Ehe ist kinderlos geblieben.
- Wir haben am 14. Juli 1958 einen Ehevertrag nach brasilianischem Recht

in Sao Paulo abgeschlossen und haben uns dem Güterstand der absoluten Gütertrennung unterstellt. Diesen Vertrag ersetzen wir hiermit durch den vorliegenden Vertrag.

B. Vereinbarungen:

1. Gestützt auf Art. 52 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht bestimmen wir, dass mit Bezug auf unsere güterrechtlichen Verhältnisse das schweizerische Recht gelten soll.
2. Wir heben unseren bisherigen Güterstand auf und begründen als unseren neuen Güterstand die allgemeine Gütergemeinschaft gemäss ZGB Art. 221 ff.

Diese Gütergemeinschaft vereinigt sämtliche unsere Vermögenswerte und Einkünfte zu einem Gesamtgut, das uns ungeteilt gehört.

4. Bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten fällt das Gesamtgut ins Alleineigentum des überlebenden Ehepartners. Im Falle von Scheidung, Ehetrennung oder Eintritt der gesetzlichen Gütertrennung gilt die gesetzliche Regelung.

C. Schlussbestimmung:

Das Original dieses Ehevertrages ist in die Erbschaftslade beim Erbschaftssekretariat Appenzell i.L. einzulegen. Den Parteien sowie dem gemäss Erbvertrag vom 11. Nov. 1992 eingesetzten Willensvollstrecker lic.jur. X, [...], ist eine beglaubigte Fotokopie dieses Ehevertrages zuzustellen. [...]"

4. Nach dem Tod von A. A. am 10. Juni 2003 errichtete B. A.-B. am 5. Januar 2005 in Paris eine letztwillige Verfügung sowie eine dazugehörige Codicille, am 2. Februar 2005 ebenfalls in Paris eine letztwillige Verfügung und am 20. April 2005 in São Paulo eine weitere letztwillige Verfügung. In diesen Verfügungen setzte sie ihre Nichte G. B. und ihren Neffen H. B. als ihre universellen Rechtsnachfolger ein.

Ebenfalls im Jahr 2005 schenkte B. A.-B. Ihrer Nichte und ihrem Neffen am 1. Februar 2005 Liegenschaften in Paris und am 28. Oktober 2005 Liegenschaften in São Paulo.

5. Nach erfolgloser Vermittlung reichte der Rechtsvertreter von A. D., B. D., C. D., D. D., A. F., A. C., A. C., B. C., C. G. und G. A. am 8. Februar 2007 beim Bezirksgericht Appenzell eine Klage betreffend Ungültigkeit/Herabsetzung (...) ein.
6. Das Bezirksgericht Appenzell erliess am 12. Oktober 2010 im Verfahren B 2/07 folgendes Urteil:

"1.a. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

- b. Die Widerklage wird gutgeheissen, und es wird festgestellt, dass G. B. und H. B. die einzigen Erben der am 19. November 2005 in São Paulo, Brasilien, verstorbenen B. A., geb. B., sind.

[...]."

7. Gegen dieses Urteil reichte der Rechtsvertreter [der Nachkommen der Geschwister von A. A. (folgend: Berufungskläger) am 14. Januar 2011 die Berufungsschrift beim Kantonsgericht Appenzell I.Rh. ein (...).
8. Der Rechtsvertreter von G. B. und H. B. (folgend: Berufungsbeklagte) beantragte in der Berufungsantwort vom 22. Februar 2011 die kostenfällige Abweisung der Berufung.

(...)

- III.3.a Die Berufungskläger machen geltend, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz davon auszugehen sei, die Verwandten des vorverstorbenen Ehemannes hätten die Rechtsstellung von Nacherben auf den Überrest. (...)
- b. Bei der Vor- und Nacherbeneinsetzung handelt es sich um eine mehrstufige Begünstigung. Der Nachlass fällt zuerst an den vom Erblasser bezeichneten Erstbegünstigten (Vorerbe) und später an einen vom Erblasser bezeichneten Zweitbegünstigten (Nacherbe)(vgl. HONSELL/VOGT/GEISER [HRSG.], Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007, vor Art. 488-492 N 1).

Der Wortlaut der Ziffer II/2 des Erbvertrags spricht für eine Erbeneinsetzung durch den zweitversterbenden Ehegatten: "Jeder Ehegatte setzt für den Fall, dass er den anderen überleben sollte oder bei gleichzeitigem Ableben, als Erben ein:". Der erstversterbende Ehegatte setzt gemäss Ziffer I des Erbvertrags über sein Nachlassvermögen den überlebenden Ehegatten als Alleinerben ein, währenddem der überlebende Ehegatte wiederum selbst über sein Nachlassvermögen verfügt. Eine solche erbvertragliche Klausel, in welcher sich die Erblasser gegenseitig als Alleinerben einsetzen und weiter verfügen, dass der Nachlass des Überlebenden einem Dritten zufallen soll, ist im Zweifel keine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest (vgl. AMSTUTZ ET AL. [HRSG.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 488 N 17; BGE 102 Ia 418 E 3; Urteil 5P.372/2005 vom 19. Januar 2006).

Auch spricht das Argument, dass insbesondere bei Urkundspersonen die ausdrückliche Bezeichnung einer Nacherbeneinsetzung in einem Erbvertrag üblich ist, um dadurch deren Vorteile auch gegenüber den Steuerbehörden auszuweisen, gegen die Nacherbeneinsetzung.

Dass die überlebende Ehefrau bei einer durch den vorverstorbenen Ehemann verfügten Nacherbschaft zwingend eine Inventaraufnahme hätte vornehmen müssen, obwohl bei einer von den Berufungsklägern geltend gemachten Nacherbeneinsetzung auf den Überrest die Dispens der Sicherstellungspflicht vermutet wird (vgl. DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, §11 N 42; BGE 100 II 92), deutet ebenfalls darauf hin, dass die Ehegatten A.-B. keine Nacherbeneinsetzung verfügten.

Die Regelung in Ziffer II/2 des Erbvertrags der Ehegatten A.-B. ist somit als Erbeninsetzung durch den zweitversterbenden Ehegatten und nicht als Nacherbeneinsetzung durch den erstversterbenden Ehegatten zu werten.

4. a. Die Berufungskläger machen geltend, es sei bloss eine Annahme der Vorinstanz, dass durch Ziffer II/2 des Erbvertrags lediglich die Eigengüter bzw. die Nachlassgüter des Erstversterbenden hätten betroffen sein sollen. Die Vorinstanz gebe keine Anhaltspunkte, welche diese Annahme stützen würden. Denn zuvor habe sie einzig erwogen, dass beim Tod des Ehemannes praktisch kein Nachlass vorhanden gewesen sei. Dies habe aber nichts zu tun mit der zu prüfenden Rechtsfrage, ob und wenn ja, was nach dem Tod der zweitversterbenden Ehefrau aus dem, was die Ehefrau gemäss dem Erbvertrag in Verbindung mit Ehevertrag aus dem "gemeinsamen" Vermögen erworben hätte bzw. von diesem hätte behalten können, an die Verwandten des Ehemannes zurückfliessen solle. Das einzige, worauf die Vorinstanz ihre selbstgetroffene Annahme zu stützen versuche, sei der Hinweis auf das Gutachten von Prof. Schwander, was eine willkürliche Beweiswürdigung darstelle. Zudem übersehe die Vorinstanz, dass die Ehegatten im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse nicht gewusst hätten, wer von ihnen zuerst versterben würde. Aus diesem Grund hätten die Ehegatten A.-B. sel. auch den Zweitversterbensfall beider Ehegatten geregelt. Die güterrechtliche Begünstigung allein würde dazu führen, dass nach reinem Zufallsprinzip entweder die Begünstigung der einen oder anderen Herkunftsfamilie von der späteren Errichtung eines Testaments durch den überlebenden Ehegatten abhängig gewesen wäre.
- b. Die Berufungsbeklagten jedoch sind der Ansicht, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen habe, die Erbeinsetzung im Hinblick auf den Tod des überlebenden Ehegatten beziehe sich einzig auf das Eigengut des vorversterbenden Ehegatten. Weil sich das Verhältnis des Ehemannes zu seiner Familie verschlechtert hätte, hätten die Ehegatten A.-B. die Trennung ihrer beiden Eigengüter aufgehoben und diese wie auch die Einkünfte zu einem Gesamtgut vereinigt haben wollen, das bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten in das Alleineigentum des überlebenden Ehepartners falle. Die Verhaltensweise seiner Geschwister hätte den Ehemann der Erblasserin bestärkt, dass die getroffene Regelung, wonach für den Fall, dass seine Ehefrau ihn überleben sollte, diese nicht mehr verpflichtet gewesen sei, das von ihm stammende Vermögen seinen Verwandten zukommen zu lassen, richtig gewesen sei. Da auch ohne Ehevertrag der überlebende Ehegatte gestützt auf Ziffer I des Erbvertrags aus Erbrecht Alleineigentümer der vormals zwei Vermögensmassen geworden wäre, könne die ehevertragliche Regelung, die beiden Eigengüter aufzuheben und den überlebenden Ehegatten kraft Güterrechts deren Alleineigentümer werden zu lassen, keine andere Bedeutung haben, als dass die erbvertragliche Verpflichtung des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des vormaligen Eigengutes des vorversterbenden Ehegatten aufgehoben worden sei. Mit dem Ehevertrag hätten die Ehegatten A.-B. die ursprüngliche Absicht, das Eigengut des Ehemannes den Nachkommen seiner Geschwister zukommen zu lassen, aufgegeben, indem sie unter Aufhebung der Eigengüter neu Gesamtgut gebildet und dieses im Todesfall des Erstversterbenden kraft Güterrechts zur freien Verfügung des überlebenden Ehegatten als dessen Alleineigentum vorgesehen hätten. Die auf das vormalige Eigengut beschränkte Bindewirkung des Erbvertrages sei damit aufgehoben worden. Diese Auslegung werde auch durch den Wortlaut gestützt. Während der überlebende Ehegatte als Alleinerbe des "ganzen Nachlasses" des vorversterbenden Ehegatten eingesetzt worden sei, habe sich die Erbeinsetzung durch den überlebenden Ehegatten gemäss Ziffer II/2

nicht mehr auf den ganzen Nachlass des überlebenden Ehegatten bezogen. Damit hätten die Eheleute A.-B. klargemacht, dass sich die Erbeinsetzung nur darauf beziehe, was der überlebende Ehegatte gemäss Ziffer 1 vom vorverstorbenen Ehegatten erbe, und nicht auf seinen gesamten Nachlass, welcher auch sein Eigengut umfasse.

- c. Indem sich die Ehegatten A.-B. mit Ziffer 1 des Erbvertrags gegenseitig als Alleinerben einsetzten, steht fest, dass sie sich bei Abschluss des Erbvertrags in erster Linie maximal begünstigen wollten. Hinzu kommt die unbestrittene Tatsache, dass der Stamm des Ehemannes zu dessen Lebzeiten und zu dessen Gunsten auf Familienvermögen verzichtete. Zum Zeitpunkt des Erbvertragschlusses war es der Wille der Ehegatten A.-B., dass ihre Vermögenswerte anteilmässig an die beiden Stämme der Ehegatten gehen, wenn sie beide verstorben sind. Dies haben sie auch in Ziffer 2 des Erbvertrags so geregelt und stellt gerade bei kinderlosen Ehepaaren eine übliche Nachlassregelung dar.

Einerseits haben sich die Ehegatten A.-B., wie bereits unter Erwägung 3.b. festgestellt, gegenseitig zu Alleinerben und nicht zu Vorerben eingesetzt. Damit wurde der überlebende Ehegatte Alleineigentümer und somit vollumfänglich Verfügungsberechtigter des gesamten Nachlassvermögens des Erstversterbenden.

Andererseits haben sich die Ehegatten verpflichtet, das Vermögen, welches der Zweitversterbende hinterlässt (somit das vom Erstversterbenden geerbte Vermögen und das eigene Vermögen des Überlebenden), an die Schlusserben gemäss Ziffer 2 weiterzugeben. Ziffer 2 des Erbvertrags lautet: "Jeder Ehegatte setzt für den Fall, dass er den anderen überleben sollte oder bei gleichzeitigem Ableben, als Erben ein.". Diesem Wortlaut kann nicht entnommen werden, dass die Ehegatten mit dem Erbvertrag nur die anteilmässige Verteilung des jeweiligen Nachlassvermögens des Erstversterbenden auf die beiden Stämme wollten, wie dies die Vorinstanz annimmt. Diese Annahme begründet sie mit dem Hinweis auf das Gutachten von Prof. Schwander, welcher ausführe, dass sich der überlebende Ehegatte nicht durch eine Wohnsitzverlegung in einen Staat mit einem Erbvertrags-Verbot einer verhältnismässig geringfügigen Einschränkung in der eigenen Nachlassplanung bezüglich Nacherben entziehen könne. Wenn die Vorinstanz diese Ausführungen dahingehend deutet, als dass die überlebende Ehefrau in ihrer letztwilligen Verfügungsmöglichkeit uneingeschränkt gewesen sei, verkennt sie, dass Prof. Schwander nur zur IPR-Problematik bzw. zum anwendbaren Recht, nicht jedoch zum materiellen Recht Stellung genommen hat. So wollte Prof. Schwander mit dieser erwähnten Passage lediglich die ordre-public-Widrigkeit einer ausländischen Verbotsnorm, welche eine erbvertraglich erfolgte Nacherbeneinsetzung - die beim Erbvertrag 1992 wie bereits ausgeführt ohnehin nicht erfolgte - aufheben würde, erläutern. Er hat sich nicht zur Auslegung des Ehevertrages von 1995 und nicht zum Verhältnis zwischen Ehevertrag von 1995 und Erbvertrag von 1992 nach schweizerischem Recht geäußert. Die in Ziffer 2 des Erbvertrags erfolgte Erbeinsetzung kann sich somit vom Wortlaut her nur auf das gesamte Nachlassvermögen des Zweitversterbenden beziehen. Etwas anderes bzw. die Aufspaltung des Nachlassvermögens des Zweitversterbenden in zwei Teile "Vermögen Ehemann" und "Vermögen Ehefrau" hätte ausdrücklich im Erbvertrag geregelt werden

müssen. Bedenkt man den möglichen Fall, wonach auch die Ehefrau zuerst hätte sterben können, so hätten die Berufungsbeklagten bei Zweitversterben des Ehemannes lediglich ein Viertel dieses "Vermögens Ehefrau" erhalten, die restlichen drei Viertel – und zusätzlich das gesamte Vermögen des Ehemannes – wären hingegen an die Berufungskläger geflossen. Dass dies der Wille des Ehepaars A.-B. gewesen wäre, machen die Berufungsbeklagten konsequenterweise nicht geltend.

Die Vorinstanz stellte weiter richtig fest, dass Ziffer 2 des Erbvertrags eine die Ehegatten verpflichtende und vertraglich bindende Klausel darstellt. Diese Bindungswirkung kann vorbehaltlich Widerrufsgründe nur durch beide Parteien mit schriftlicher Vereinbarung aufgelöst werden. Einziges gemeinsames schriftliches Dokument, welches die Ehegatten nach dem Erbvertrag 1992 vereinbarten, ist der Ehevertrag 1995. Wie die Vorinstanz zu Recht würdigte, ist in diesem Ehevertrag ein konkludenter Aufhebungswille der Ehegatten bezüglich des Erbvertrages nicht nachgewiesen. Jedenfalls lässt sich dem Wortlaut des Ehevertrags nicht entnehmen, dass der Erbvertrag aufgehoben worden ist. Zudem überzeugt die Ansicht Prof. Breitschmids in seinem Gutachten, dass eine Hineininterpretation eines stillschweigenden Widerrufs des Erbvertrags von 1992 in den Abschluss eines nicht nur kompatiblen, sondern die erbvertragliche Strategie in rechtsgeschäftsplanerisch geradezu typischer Weise verstärkenden Ehevertrags durch die gleiche Urkundsperson gewagt erscheine. Der Ehevertrag von 1995 widerruft wohl den Ehevertrag aus dem Jahr 1958, nicht jedoch den Erbvertrag. Wäre es die Absicht der Ehegatten A.-B. gewesen, auch den Erbvertrag aufzuheben und somit die Berufungskläger erbrechtlich nicht zu berücksichtigen, hätten sie dies ebenfalls auf einfache Weise ausdrücklich mit dem Ehevertrag regeln können. Im Ehevertrag wird jedoch sogar die Existenz des Erbvertrags noch erwähnt und in der Schlussbestimmung vorgesehen, dem im Erbvertrag eingesetzten Willensvollstrecker eine Kopie zuzustellen. Hätte das Ehepaar A.-B. ihrem mit Erbvertrag eingesetzten Willensvollstrecker mitteilen wollen, dass er seines Auftrags – zumindest bis zu einer erneuten letztwillig verfügten Erbeinsetzung – enthoben sei, hätten sie ihm dies wohl in direkter Art mitgeteilt.

Hinzu kommt, dass mit Abschluss der Gütergemeinschaft und trotz vollumfänglicher Gesamtgutszuweisung an den Überlebenden das Eigengut des Erstversterbenden in den Nachlass fällt (vgl. Art. 241 Abs. 2 ZGB e contrario); nur mit Aufrechterhaltung des Erbvertrags, und somit der Alleinerbeneinsetzung des überlebenden Ehegatten, konnten die Ehegatten A.-B. verhindern, dass der Überlebende allfälliges Eigengut des Erstversterbenden wie zum Beispiel Zuwendungen Dritter oder Genugtuungsansprüche - und sei es noch so gering - mit den gesetzlichen Erben des Erstversterbenden zu teilen hatte.

Wohl kann berechtigterweise die Frage gestellt werden, weshalb die Ehegatten A.-B. zusätzlich rund zwei Jahre nach Abschluss des Erbvertrages ehevertraglich die Gütergemeinschaft abgeschlossen haben. So hätte der überlebende Ehegatte auch ohne diese ehevertragliche Regelung allein aus Erbrecht Alleineigentümerstellung des gesamten Vermögens des erstverstorbenen Ehegatten erhalten. Den Beweggrund der Ehegatten A.-B., zusätzlich einen Ehevertrag, mit welchem sie die Gütertrennung aufgegeben und Gütergemeinschaft be-



gründeten - allenfalls wollten sie neben dem Erbrecht auch ihr Güterrecht dem Schweizerischen Recht unterstellen und/oder wollten sich gegenseitig die ordentliche Verwaltung der Vermögenswerte einräumen - kann lediglich vermutet werden und ist letztlich für den vorliegenden Entscheid nicht relevant. Hingegen würde das Zufallsprinzip mit der Annahme der Vorinstanz, dass gemäss Erbvertrag nur das jeweilige Eigengut an die Ursprungsfamilie zurückfliessen solle, ein solches nach Abschluss der Gütergemeinschaft beim vorverstorbenen Ehemann gefehlt habe und folglich die Ehefrau über ihr Nachlassvermögen frei hätte verfügen können, sogar noch verstärkt: Bei Vorversterben der Ehefrau hätten die Berufungsbeklagten bei Zweitversterben des Ehemannes nur noch einen Viertel des Eigenguts der Ehefrau erhalten, welches sich durch die vertraglich vereinbarte Gütergemeinschaft konsequenterweise reduziert bzw. zumindest nach der Feststellung der Berufungsbeklagten sogar aufgehoben hätte. Das restliche Nachlassvermögen wäre vollumfänglich an den Stamm des Ehemannes geflossen, sofern dieser nicht eine letztwillige Verfügung zugunsten der Berufungsbeklagten errichtet hätte, welche dem Einflussbereich der Ehefrau logischerweise entzogen gewesen wäre. Dass diese Konsequenz bei Abschluss des Ehevertrags dem Willen der Ehefrau entsprach, wird gerade durch ihren Versuch, die Berufungsbeklagten testamentarisch als Alleinerben einzusetzen, widerlegt.

- d. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Ehevertrag den Erbvertrag nicht aufhob und der Erbvertrag das Nachlassvermögen der Erblasserin nicht in zwei Vermögensteile mit unterschiedlicher Erbfolge aufspaltete, sondern die in ihm geregelte Erbeinsetzung für das ganze Vermögen, welches die Erblasserin vor ihrem Tod besass, also ihr eigenes Vermögen als auch das Vermögen, welches sie aus der güterrechtlichen Zuweisung erhalten hatte, bindende Wirkung hatte.

Die Erblasserin verletzte mit ihren letztwilligen Verfügungen, welche sie nach dem Ableben ihres Ehemannes zu Gunsten der Berufungsbeklagten errichtet hat, die erbrechtliche Ansprüche der Berufungskläger. Sie war im Umfang von drei Vierteln ihres gesamten Nachlassvermögens nicht berechtigt, darüber letztwillig zu verfügen. In diesem Umfang ist die vorliegende Klage auf Anfechtung der letztwilligen Verfügungen der Erblasserin als Herabsetzungsklage besonderer Art zu schützen (vgl. Art. 494 Abs. 3 ZGB; BGE 101 II 305, E. 3.b.).

(...)

(Kantonsgericht, Urteil K 1-2011 vom 17. Mai 2011;  
Rechtsmittelverfahren beim Bundesgericht hängig)

## **2.8. Wiederherstellung der Frist nach Art. 33 Abs. 4 SchKG: Verschulden des Alleinaktionärs bei Versäumnis, die AG so zu organisieren, dass er die an den Sitz der AG zugestellte Betreuungsurkunde rechtzeitig zur Kenntnis nehmen und darauf zeitgerecht reagieren kann.**

1. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 stellte der Rechtsvertreter der A AG (folgend: Gesuchstellerin) das Gesuch, es sei der Gesuchstellerin gestützt auf

Art. 33 Abs. 4 SchKG in der Betreuung Nr. x [...] des Betreibungsamts Appenzell vom 7. Dezember 2010 die Frist zur Erklärung des Rechtsvorschlags wiederherzustellen. (...)

- 2.1. Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin macht geltend, er habe erstmals anlässlich [einer] Berufungsverhandlung vor Kantonsgericht Appenzell am 4. Oktober 2011 erfahren, dass RA X namens der B AG, [deren Verwaltungsratspräsident D ist], sowie C beim Bezirksgericht Appenzell einen Antrag auf Konkurseröffnung eingereicht habe. Er habe feststellen können, dass in der Betreuung Nr. x des Betreibungsamts Appenzell am 9. Dezember 2010 ein Zahlungsbefehl an die Gesuchstellerin zugestellt worden sei. Gegen diesen Zahlungsbefehl sei vom damaligen Präsidenten des Verwaltungsrats, D, kein Rechtsvorschlag erhoben worden. Am 7. Februar 2011 liessen die B AG und C der Gesuchstellerin durch das Betreibungsamt Appenzell den Konkurs androhen. Sowohl der erwähnte Zahlungsbefehl als auch die Konkursandrohung seien an die damalige Adresse der Gesellschaft - (...) - welche die Privatadresse [des Ehepaars D und C] sei, gegangen. Eine Information bzw. Einladung zur Erteilung von Instruktionen an E sei bewusst unterlassen worden.

(...)

9. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen (Art. 33 Abs. 4 SchKG).
- 9.1. Grundsätzlich ist die Wiederherstellung der Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags möglich (vgl. JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., Art. 33 N 18). Die Wiederherstellung ist aber an den strengen Grund des unverschuldeten Hindernisses, somit an das Vorhandensein eines absolut unverschuldeten Hindernisses geknüpft (vgl. JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., Art. 33 N 19). Demzufolge ist ein Wiederherstellungsgesuch nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit oder entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 33 N 10).

Ein unverschuldetes Hindernis liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Schuldner trotz korrekter Zustellung ohne Verschulden erst nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhielt. Eine blosser Behauptung, der Hausgenosse habe den zugestellten Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig ausgehändigt, genügt nicht, sondern der Schuldner muss durch Indizien dartun, dass er wirklich keine Kenntnis von der betreffenden Betreuungsurkunde erhielt und ihn auch kein Mitverschulden an der Unkenntnis trifft. Bei einer im Geschäftsleben tätigen Person ist bezüglich der Annahme der Entschuldbarkeit der Nichtwahrung der Rechtsvorschlagsfrist ein strenger Massstab anzulegen. Selbst bei einem nur leichten zurechenbaren Verschulden muss die Wiederherstellung scheitern. Schuldlosigkeit liegt vor, wenn die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden braucht, oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, a.a.O., Art. 33 N 11). Trifft

eine an einem vollstreckungsrechtlichen Verfahren beteiligte Partei persönlich zwar ein unverschuldetes Hindernis, ist ihr Vertreter vom Hindernis jedoch nicht betroffen, kann das Wiederherstellungsgesuch nicht gutgeheissen werden, da die Vertretungsmöglichkeit gerade für solche Fälle vorgesehen ist. In einem solchen Fall wird das verschuldete Versäumnis des Vertreters dem Vertretenen angerechnet. Ist ein Fehler auf eine mangelhafte Organisation der innerbetrieblichen Arbeitsabläufe zurückzuführen, kann ebenfalls keine Wiederherstellung gewährt werden (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, a.a.O., Art. 33 N 13). So wurde zum Beispiel die Weiterleitung des Zahlungsbefehls durch die Domizilhalterin als eine Frage der internen Organisation der Gesuchstellerin gewertet. Eine daraus entspringende Verspätung hat sich die Gesuchstellerin daher selber zuzuschreiben. Eine Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist wurde deshalb nicht bewilligt (vgl. AB SchKG ZG, 16. September 2003, ZGGVP 2003, S. 187 f.).

Es ist in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob ein unverschuldetes Hindernis für das entsprechende Fristversäumnis verantwortlich ist (vgl. STAEHELIN/BAUER/ STAEHELIN, a.a.O., Art. 33 N 11). Die Aufsichtsbehörde hat für die Überprüfung der Voraussetzung des unverschuldeten Hindernisses ein Tatbestandsermessen (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, a.a.O. Art. 33 N 17).

- 9.2. Die Gesuchstellerin verweist auf BGE 127 III 332. So sei das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führe. Selbstkontrahieren habe deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt.
- 9.3. Ob vorliegend eine Selbstkontrahierung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorliegt, kann aus nachstehenden Gründen offen gelassen werden:

Von Gesetzes wegen hat jedes Mitglied des Verwaltungsrates die Vertretungsmacht, und zwar einzeln (vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 496a). Nach den betriebsrechtlichen Vorschriften ist D als damaliger Verwaltungsratspräsident befugt gewesen, für die Gesuchstellerin gegen den Zahlungsbefehl Nr. x der Gläubigerin B AG, Rechtsvorschlag zu erheben oder – wie erfolgt – darauf zu verzichten.

Bereits mit Schreiben vom 19. Oktober 2006 drohte der Rechtsvertreter von E und heutige Rechtsvertreter und Verwaltungsratspräsident der Gesuchstellerin sowohl D als auch C mit rechtlichen Schritten. Spätestens jedoch mit Revisionsbericht 2007 über die Gesuchstellerin vom 11. September 2008, worin Unklarheiten betreffend Positionen "Liegenschaft [Frankreich]" und "Darlehen an F" aufgezeigt wurden, musste E in Kauf nehmen, dass der einzelzeichnungsbeauftragte Verwaltungsratspräsident der Gesuchstellerin auch gegenüber Dritten, unter anderem gegenüber Behörden wie dem Betreibungsamt Appenzell, nicht im Interesse der Gesuchstellerin, sondern in erster Linie in Interesse seiner Familie handeln würde. Es oblag somit alleine der Gesuchstellerin bzw. deren

Alleinaktionär E, ihre betriebsinterne Organisation zu gestalten, dass sie die ordnungsgemäss an ihren Sitz zugestellte Betreuungsurkunde auch tatsächlich rechtzeitig zur Kenntnis nehmen und darauf zeitgerecht reagieren hätte können. E wäre es nämlich bereits damals, also im Jahr 2008, offen gestanden, D gemäss Art. 705 Abs. 1 OR als Verwaltungsratspräsidenten abzusetzen. Die Gesuchstellerin kann somit kein absolut unverschuldetes Hindernis an der Fristversäumnis geltend machen, sondern sie trifft zumindest ein Mitverschulden. Insbesondere ist bei deren Alleinaktionär als im Geschäftsleben tätigen Person bezüglich der Annahme der Entschuldigbarkeit der Nichtwahrung der Rechtsvorschlagsfrist ein strenger Massstab anzulegen. Bei vernünftiger Interessenwahrung hätte es an E als Alleinaktionär keine übermässigen Anforderungen gestellt, mittels Abwahl von D als Verwaltungsratspräsidenten auch allfällige Selbstkontrahierungen zu verhindern. Die Gesuchstellerin hat sich vielmehr das Handeln ihres Verwaltungsratspräsidenten gegenüber dem Betreibungsamt Appenzell anrechnen zu lassen. Das Gesuch wird demnach abgewiesen.

Die Gesuchstellerin ist allenfalls auf den Weg der Klage nach Art. 85a SchKG zu verweisen.

(Aufsichtsbehörde SchKG, Zirkularentscheid KAB 1-2011 vom 3. November 2011)

## **2.9. Beschwerde nach Art. 17 SchKG: Berufung auf das beneficium excussionis realis, wenn strittig ist, ob eine pfandgesicherte Forderung vorliegt oder nicht**

1. Der Rechtsvertreter des Gläubigers A reichte beim Betreibungsamt Appenzell ein Betreibungsbegehren, datiert vom 3. Dezember 2010, gegen B ein.
2. Das Betreibungsamt Appenzell stellte am 6. Dezember 2010 den Zahlungsbefehl für die ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs aus, (...).
3. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 reichte der Rechtsvertreter von B (nachfolgend: Beschwerdeführer) bei der Aufsichtsbehörde SchKG fristgerecht Beschwerde ein. Gemäss Darlehensvertrag habe der Beschwerdeführer dem Gläubiger verschiedene Namen- und Inhaberaktien als Sicherheit für das Darlehen zur Verfügung gestellt, wobei der Beschwerdeführer von einem Faustpfand des Gläubigers an diesen übergebenen 728 Aktien ausgehe. Der Gläubiger habe nie auf sein Pfandrecht an den Aktien verzichtet, sondern sich im Gegenteil u.a. im Prozess vor Bezirksgericht Appenzell (Verfahren B 6-2009) auf dieses Pfandrecht gestützt. Dem Beschwerdeführer stehe somit das beneficium excussionis realis zu, d.h. er beanspruche die Vorabverwertung der Pfänder. Auch bestehe mit dem Gläubiger keine Vereinbarung, wonach diesem ein Wahlrecht bezüglich Betreibungsart zustehen solle.

(...)

9. Wird für eine pfandgesicherte Forderung Betreuung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde (Art. 17 SchKG) ver-

langen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG).

Die Pfandverwertungsbetreibung wird nur eingeleitet, wenn der Gläubiger es ausdrücklich verlangt. Die Vorschrift ist also nicht zwingend. Eine nicht auf Pfandverwertung gerichtete Betreibung ist demzufolge nach Art. 22 SchKG bei Bestehen eines Pfandrechts auch nicht nichtig. Ebenso wenig braucht das Betreibungsamt zu untersuchen, ob die Betreibung auf Verwertung eines Pfandes hätte gerichtet sein müssen (vgl. WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG, 4. Auflage, Band I, Zürich 1997, Art. 41 N 4).

Der Schuldner hingegen hat das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Weg der Pfändung oder des Konkurses das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Dieses Recht wird als *beneficium excussionis realis* bezeichnet und ist mittels Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [HRSG.], [Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010], Art. 41 N 17).

Der Sinn und Zweck der Einrede der Vorausvollstreckung umschreibt das Bundesgericht wie folgt: Das *beneficium excussionis realis* wird durch die Überlegung gerechtfertigt, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensgegenstände nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Schuld zu verschaffen. Folglich müsste er bei der Durchführung der ordentlichen Betreibung unter Umständen die Pfändung und Verwertung anderer Gegenstände oder gar den Konkurs über sich ergehen lassen, selbst wenn die Schuld mit Hilfe des Pfandes hätte gedeckt werden können. Hinzu kommt, dass der Gläubiger das Pfand gerade zu dem Zwecke erhalten hat, dass er sich beim Verzuge des Schuldners daraus bezahlt machen kann. Deshalb darf ihm im Regelfall zugemutet werden, sich zunächst an das Pfand zu halten (vgl. BGE 77 III 102).

Der Schuldner kann die Aufhebung der ordentlichen Betreibung erreichen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist. Er muss den Bestand des Pfandrechts in offenkundiger Weise dartun (vgl. BGE 83 III 61 E. 1; STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [HRSG.], a.a.O., Art. 41 N 19).

Pfandsicherung setzt neben dem Pfandrechtsvertrag auch die Pfandbestellung voraus. Kein Pfandrecht begründet eine Sicherungsübereignung, eine Sicherungszession oder eine Abtretung zahlungshalber (vgl. STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [HRSG.], a.a.O., Art. 41 N 5). Anders als beim Pfandrecht ist der Schuldner bei der Sicherungsübereignung nicht befugt, sich auf das *beneficium excussionis realis* i.S.v. Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG zu berufen, denn diese Bestimmung bezieht sich gemäss ihrem Wortlaut ausschliesslich auf die pfandgesicherte Forderungen. Indessen ergibt sich eine entsprechende Einrede aus dem Treuhandvertrag (der Sicherungseinrede), denn es ist wie beim Pfandrecht zu vermuten, dass der Gläubiger zunächst zu versuchen hat, sich aus der abgetretenen Forderung Befriedigung zu verschaffen, bevor er zur Vollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners schreiten kann. Diese Einrede ist durch Rechtsvorschlag, nicht durch Beschwerde geltend zu machen (vgl. HONSELL/VOGT/GEISER [HRSG.], Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007, vor Art. 884-894 N 36).

10. Das Bezirksgericht erwog in Ziffer 4.3.4.a) des Urteils vom 23. November 2010 (B 6-2009), dass es sich bei der physischen Übertragung der Aktien nicht um eine Pfandbestellung, sondern um eine Sicherungsübereignung handle.

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Appenzell vom 23. November 2010 legte der Beschwerdeführer am 7. Februar 2011 wohl Berufung ein, womit er behauptet, dass die Übertragung der Aktien nur als Faustpfand, nicht jedoch als Sicherungs-übereignung erfolgt sei. Ihm gelingt es jedoch nicht, im aktuellen Zeitpunkt sein geltend gemachtes Pfandrecht in liquider Weise und offenkundig darzutun. Vielmehr ist gerade strittig und mit Entscheid über die Berufung zu entscheiden, ob eine pfandgesicherte Forderung vorliegt oder nicht. Der Beschwerdeführer kann sich demnach nicht wie in obiger Erwägung ausgeführt auf das beneficium excussionis realis berufen. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

(Aufsichtsbehörde SchKG, Urteil KAB 3-2010 vom 1. März 2011)

## **2.10. Nichteintreten auf Gesuch um Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG) einer wegen Mängel in der Organisation aufgelösten Gesellschaft (Art. 731b OR).**

B stellte namens der 'M. AG in Liquidation' den Antrag auf Widerruf des Konkurses gemäss Art. 195 SchKG. Sämtliche Forderungen seien getilgt und es bestünden keine Gläubiger. Auch die Mängel in der Organisation gemäss Art. 731b OR seien behoben.

(...)

3. Die Gesellschaft wird in Anwendung von Art. 736 Ziff. 5 Schweizerisches Obligationenrecht (OR) in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen aufgelöst. Art. 731b Abs. 1 OR bestimmt, dass unter anderen der Handelsregisterführer dem Richter beantragen kann, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder wenn eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Der Richter kann insbesondere: 1. der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist; 2. das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen; 3. die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.

Wird eine Aktiengesellschaft wegen Mängeln in der Organisation der Gesellschaft im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst, entfällt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Möglichkeit, nach deren Eintragung im Handelsregister diese Auflösung zu widerrufen (BGE 4A\_106/2010 Erw. 11.4.2; vgl. auch WATTER/WIESER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art. 731b OR N. 26; LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung: Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008 S. 1389).

- 3.1 Im Verfahren E 148-2009 betreffend Mängel in der Organisation der Gesellschaft stellte das Handelsregisteramt des Kantons Appenzell I.Rh. (nachfol-

gend: gesuchstellendes Amt) mit Eingabe ... beim Bezirksgerichtspräsidenten von Appenzell sinngemäss folgenden Antrag: "Da A. gemäss SHAB-Publikation ... als einziges Mitglied des Verwaltungsrates der 'M. AG' ausgeschieden ist, seien aufgrund des Mangels in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft bezüglich der 'M. AG' die erforderlichen Massnahmen gemäss Art. 941a Abs. 1 OR zu ergreifen."

Mit Verfügung ... stellte der Bezirksgerichtspräsident von Appenzell der 'M. AG' im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR eine Frist von 30 Tagen, um den rechtmässigen Zustand der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation wiederherzustellen. Diese Verfügung wurde mit der Androhung der Auflösung der Gesellschaft im Säumnisfall verbunden. Innert Frist erfolgte keine Reaktion der Gesellschaft.

Entsprechend löste der Bezirksgerichtspräsident die 'M. AG' im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR auf und eröffnete mit Urteil E 148-2009 vom X. Oktober 2009 gleichentags um 8:00 Uhr den Konkurs über die Gesellschaft. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

- 3.2. Die Eintragung der Auflösung der 'M. AG' durch das Handelsregister erfolgte im Tagesregister-Nr. Y ... (vgl. Publikation im SHAB ...): Firma neu: 'M. AG in Liquidation'.

Diese Auflösung kann im Sinne obiger Ausführungen nicht mehr widerrufen werden.

4. Das Konkursgericht widerruft nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG den Konkurs insbesondere und gibt dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, wenn er nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind.
- 4.1. Der Konkurswiderruf hat zum Ziel, den Schuldner wieder in die vollen Rechte und Pflichten über sein Vermögen einzusetzen (BRUNNER/BOLLER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 195 SchKG N. 1). Das Antragsrecht steht dem Schuldner zu, der die Tilgung sämtlicher Forderungen nachweist (BRUNNER/BOLLER, a.a.O., Art. 195 SchKG N. 12).
- 4.2. Das Gericht tritt gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Prozessvoraussetzungen sind im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZPO insbesondere: die klagende oder gesuchstellende Partei hat ein schutzwürdiges Interesse (lit. a); die Parteien sind partei- und prozessfähig (lit. c.). Das Gericht prüft nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Parteifähig ist wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann (Art. 66 ZPO). Prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist (Art. 67 Abs. 1 ZPO).
- 4.3. Die konkrete Schuldnerin, im vorliegenden Verfahren die 'M. AG in Liquidation' als Gesuchstellerin, wurde unwiderruflich aufgelöst, weshalb es ihr an der Partei- und Prozessfähigkeit fehlt.

Auf das Gesuch kann entsprechend nicht eingetreten werden.

Selbst wenn die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin bestünde, führte dies nicht zu einem anderen Resultat, da die Schuldnerin als definitiv aufgelöste Gesellschaft bezüglich ihres Vermögens nicht wieder in Rechte und Pflichten eingesetzt werden kann. Es fehlt somit auch am Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin, weshalb auch aus diesem Grund nicht auf das Gesuch eingetreten werden kann.

(Entscheid E 63-2011 des Bezirksgerichtspräsidenten von Appenzell vom 8. Juli 2011)