

# **AI\_GERICHTE Verwaltungs- und Gerichtsentscheide 2007 vom 1. Januar 2007**

AI Gerichte, 2007-01-01, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ai\\_gerichte\\_Verwaltungs-\\_und\\_Gerichtsentscheide\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ai_gerichte_Verwaltungs-_und_Gerichtsentscheide_2007)

FR: AI\_GERICHTE Verwaltungs- und Gerichtsentscheide 2007 du 1 janvier 2007

IT: AI\_GERICHTE Verwaltungs- und Gerichtsentscheide 2007 del 1 gennaio 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Standeskommission

### **E. 2**

schränkt, hätte das Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. konsequenterweise mit dem Sicherungsentzug nicht 2 ½ Monate seit dem fraglichen Vorfall zu- warten dürfen.

Das Strassenverkehrsamt weist in der angefochtenen Verfügung darauf hin, der Rekurrent habe ein unübliches Verhalten bzw. eine unübliche Reaktion an den Tag gelegt. Diese Argumentation der Vorinstanz ist nach Auffassung der Standeskommission zuwenig plausibel, um dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Insbesondere hat sie nicht rechtsgenügend bzw. zuwenig fundierte Gründe dargelegt, wonach das Polizeigut der Sicherheit im Strassenverkehr durch den Rekurrenten, welcher am 22. April 2003 den Führerausweis erworben und welcher sich offensichtlich im Strassenverkehr bisher wohl verhalten hat, im Falle der Gewährung der aufschiebenden Wirkung in der Tat massiv bedroht wäre. Aufgrund des Gesagten ist demnach dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Standeskommissionsbeschluss Nr. 972 vom 13. August 2007

Baugesetz (BauG) vom 28. April 1985 (GS 700.000) Art. 39 Abs. 1 BauG, Art. 52 StrG; Beitragspflicht der Grundeigentümer an die Kosten von öffentlichen Erschliessungsanlagen Ein Grundstück gewinnt durch den Bau einer Strasse an Wert. Dieser wirtschaftliche Sondervorteil ist die Grundlage zur Auferlegung einer Vorzugslast bzw. zum Einzug von Beiträgen an die Kosten der öffentlichen Erschliessungsanlage. Bei der Veranlassung des Perimeterbeitrages ist das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip zu beachten, wobei schematische Kriterien wie die Grundstücksflächen zur Berechnung der Perimeterquoten beigezogen werden dürfen. Aus den Erwägungen der Standeskommission: 4.2.1. Bei der Beurteilung der materiellen Richtigkeit des Perimeterplanes ist von Art. 39 Abs. 1 des Baugesetzes vom 28. April 1985 (BauG) auszugehen, wonach der öffentliche Planungsträger verpflichtet ist, von Grundeigentümern, denen durch eine neue Erschliessungsanlage Vorteile erwachsen, im Perimeterverfahren angemessene Beiträge zu verlangen, welche gesamthaft die Projektierungs-, Erstellungs-, Rechtsauslösungs- und Landerwerbskosten nicht übersteigen dürfen. Sofern in der Baugesetzgebung nichts anderes bestimmt wird, sind die Bestimmungen über das Plan- und Perimeterverfahren in der Strassen- und Gewässerschutzgesetzgebung sinngemäss anzuwenden. Im vorliegenden Fall ist für die Kostenverteilung somit Art. 52 des Strassengesetzes vom 26. April 1998 (StrG) massgebend. 4.2.2. Bei den Beiträgen im Sinne von Art. 39 Abs. 1 BauG handelt es sich um so genannte Vorzugslasten. Die Vorzugslast ist eine Abgabe, die als

Ausgleich jenen Personen auferlegt wird, denen aus einer öffentlichen Einrichtung ein wirtschaftlicher Sondervorteil erwächst. Sie hat ihre innere Rechtfertigung im Mehrwert, der durch die betreffende öffentliche Einrichtung entsteht. Dieser Mehrwert muss allerdings wirtschaftlicher Art, d.h. in Geld realisierbar sein.

### **E. 3**

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Vorteil auch effektiv - sei es sofort oder erst in einem späteren Zeitpunkt - realisiert wird (vgl. dazu Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N. 556 zu § 15).

4.2.3. Der Bau oder Ausbau einer Strasse gehört zu den typischen Vorkehren, welche einen wirtschaftlichen Sondervorteil bewirken, der zur Erhebung eines Beitrages bzw. zur Auferlegung einer Vorzugslast berechtigt (vgl. dazu Karl Vallender, Grundzüge des Kausalabgabenrechts, Bern 1978, S. 102 f.). Ein Grundstück, dessen Zugänglichkeit für Personen und/oder Fahrzeuge durch den Bau oder Ausbau einer Strasse erst ermöglicht oder verbessert wird, steigt im Wert. Der Sondervorteil liegt darin, dass die strassenmässige Erschliessung oder deren Verbesserung den wirtschaftlichen Nutzen des Grundstückes steigert.

4.2.4. Auf die Vorzugslasten finden sowohl das Äquivalenzprinzip als auch das Kostendeckungsprinzip Anwendung. Das Äquivalenzprinzip besagt im Wesentlichen, dass die Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der staatlichen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (vgl. dazu BGE 121 I 238; ZBI 2003, S. 549). Ausserdem kommt bei den Vorzugslasten das Kostendeckungsprinzip zum Tragen, welches besagt, dass die eingezogenen Erschliessungsbeiträge die Gesamtkosten für das betreffende Werk nicht oder nur geringfügig überschreiten dürfen (vgl. dazu ZBI 2003, S. 520).

4.2.5. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist es zulässig, dass Gebühren und Beiträge und somit auch Vorzugslasten nach gewissen schematischen Grundsätzen erhoben werden dürfen, die sich in der Erfahrung bewährt haben und einfach anzuwenden sind. Innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken von Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) kann der kantonale Gesetzgeber im Hinblick auf eine einfache Abgabenerhebung schematische Lösungen wählen, auch wenn diese eine Gleichbehandlung aller Beitragspflichtigen nicht in jeder wünschbaren Hinsicht zu gewährleisten vermögen (vgl. dazu BGE 125 I 4 und dort aufgeführte weitere Gerichtsentscheide sowie Hinweise).

4.2.6. Im vorliegenden Fall machen die Rekurrenten keine Verletzung des Kostendeckungsprinzipes geltend.

4.3.1. Demgegenüber wird nach Ansicht der Rekurrenten im vorliegenden Fall das Äquivalenzprinzip verletzt. Sie verlangen deshalb eine Reduktion der Perimeterquote für ihre Parz. C um mindestens 40 %. Es ist somit anhand der tatsächlichen Verhältnisse zu beurteilen, ob die Perimeterquote der Parz. C in der Höhe von 26.6331 % bzw. Fr. 34'265.-- angemessen und gerechtfertigt ist. Bei dieser Beurteilung steht der Standeskommission ein gewisser Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Ausserdem dürfen - wie in Ziff. B.4.2.5. dargelegt - bei der Festlegung der Perimeterquoten der einzelnen beitragspflichtigen Grundstücke schematische Kriterien angewendet werden. Ausgangspunkt für eine derartige Überprüfung ist Art. 52 Abs. 2 StrG, wonach die Verteilung der Beiträge auf die einzelnen Grundstücke nach Massgabe der anrechenbaren Grundstücksfläche zu erfolgen hat. Zusätzlich können laut der gleichen Vorschrift weitere Kriterien berücksichtigt werden, wie zum Beispiel: die Nut-

### **E. 3.1**

Aufgrund von Art. 16c Abs. 2 lit. a des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG) wird der Lernfahr- oder der Führerausweis nach einer schweren Widerhandlung für

mindestens drei Monate entzogen. Gemäss Art. 45 Abs. 1 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 14 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG) wird der Führerausweis erteilt, wenn die amtliche Prüfung ergibt,

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 16 Abs. 1 SVG sind Ausweise und Bewilligungen zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr erfüllt sind. Die Ausweise können gemäss derselben Bestimmung entzogen werden, wenn die mit der Erteilung im Einzelfall verbundenen Beschränkungen oder Auflagen missachtet werden. Der seit 1. Januar 2005 geltende Art. 16d SVG verlangt in Abs. 1 lit. a den Entzug eines Führerausweises auf unbestimmte Zeit für den Fall, dass bei der betroffenen Person die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit nicht mehr ausreicht, ein Motorfahrzeug sicher zu führen. Der Bundesrat hat in seinen Ausführungsbestimmungen in Art. 30 VZV die Möglichkeit des vorsorglichen Entzuges des Führerausweises beim Bestehen ernsthafter Bedenken an der Fahreignung vorgesehen. 3.4.1 Im vorliegenden Fall kann den umfangreichen Vorakten und insbesondere auch dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2006 entnommen werden, dass die Fahreignung des Rekurrenten im Dezember 2000 letztmals vertrauensärztlich beurteilt worden ist. In Anwendung der Fünfjahresfrist gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a VZV hätte er sich somit bereits im Jahre 2005 der vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung unterziehen müssen. Da er trotz verschiedener schriftlicher Aufforderungen des zuständigen Strassenverkehrsamtes des Kantons Zürich dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, fehlt der Nachweis dafür, dass der Rekurrent weiterhin die medizinischen Mindestanforderungen für die erste und zweite Gruppe erfüllt. Da sich der Rekurrent seit der ersten Aufforderung am 5. Januar 2006 weiterhin hartnäckig geweigert hat, die verlangte Kontrolluntersuchung über sich ergehen zu lassen, sind ernsthafte Bedenken der Vorinstanz an der Fahreignung des Rekurrenten gerechtfertigt und gestützt auf Art. 30 VZV aus Gründen der Verkehrssicherheit ein vorsorglicher Entzug der Fahrberechtigung zumindest für die erste und zweite Gruppe der Motorfahrzeuge angemessen. Die diesbezügliche Verfügung der zuständigen Zürcher Behörde ist zudem in Rechtskraft erwachsen. Die Wiedererteilung darf erst

### **E. 4**

zungsmöglichkeit, wenn die Grundstücke in unterschiedlichen Nutzungszonen liegen (lit. a); die Lage des Grundstückes zur beitragsberechtigten Strasse (lit. b) und die bereits vorhandene Erschliessung eines Grundstückes (lit. c). Da es sich bei Art. 52 Abs. 2 StrG um eine nicht abschliessende Aufzählung handelt, können noch weitere Kriterien herangezogen oder dort aufgeführte weggelassen werden. Im Weiteren ist auch Art. 52 Abs. 1 StrG zu beachten, wonach die den Grundeigentümern im Perimeterverfahren belasteten Beiträge gesamthaft den durch den Strassenbau geschaffenen Sondervorteil nicht übersteigen dürfen. 4.3.2. Aus Ziff. 5. der Perimeterverfügung geht hervor, dass das Perimetergebiet in einen Abschnitt Süd und in einen Abschnitt Nord unterteilt wird. Dabei sind die im Abschnitt Süd anfallenden Strassenbaukosten allein von der Eigentümerschaft der Parz. D zu tragen. Diese Unterteilung ist aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse zweckmässig und somit nicht zu beanstanden. 4.3.3. Aus Ziff. 5. der Perimeterverfügung geht im Weiteren hervor,

dass für die Bewertung des Sondervorteils der in den Perimeterkreis einbezogenen Parzellen die Grundstücksfläche, die Bewertungsziffer und die Interessenwertung als Kriterien herangezogen werden. Die Bewertungsziffer entspricht der Ausnutzungsziffer im Sinne von Art. 37 der Verordnung zum Baugesetz vom 17. März 1986 (BauV). Mit der Bewertungsziffer wird die Intensität der möglichen bzw. rechtlich zulässigen Nutzung der beitragspflichtigen Grundstücke ausgedrückt. Mit der Interessenwertung wird die Länge der einzelnen Parzellen, mit welcher sie an die fragliche Strasse anstossen, berücksichtigt. Ausserdem wird mit diesem Kriterium die Lage der einzelnen Grundstücke gewichtet. Dabei geht es in erster Linie darum, in welcher Entfernung sich die Grundstücke zur übergeordneten Strasse befinden, auf welche die fragliche Strasse im südlichen Abschnitt führt. Die von der Vorinstanz gewählten Kriterien sind geeignet, eine gesetzeskonforme Kostenverteilung herbeizuführen. Standeskommissionsbeschluss Nr. 639 vom 15. Mai 2007

Art. 51 BauG; Schutz des Orts- und Strassenbildes In Teilen des Ortskernes von Appenzell gehören Vorgärten aufgrund ihrer Häufigkeit zum typischen Ortsbild. Innerhalb der mit der Ortsbildschutzzone überlagerten Kernzone ist die Umwandlung der Vorgärten in Autoabstellplätze mit dem Orts- und Strassenbild nicht vereinbar. Aus den Erwägungen der Standeskommission: 4.1.2. Bei der Beurteilung dieser Frage ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die Parzellen Nr. A und Nr. B (Bezirk Appenzell) in der Kernzone im Sinne von Art. 17 BauG liegen und von einer Ortsbildschutzzone gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. a BauG sowie Art. 11 des Baureglementes für die Feuerschaugemeinde Appenzell vom 8. April 1994 (BauR) überlagert werden. 4.1.3. Gemäss Art. 51 Abs. 1 BauG sind Bauten bzw. Anlagen in Höhe, Baumassenverteilung und Farbgebung in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung

#### **E. 4.1**

Aberkannte ausländische Führerausweise sind gestützt auf Art. 45 Abs. 4 VZV bei der zuständigen Behörde zu hinterlegen. Sie sind nach der gleichen Vorschrift den Berechtigten nach Ablauf der Aberkennungsfrist oder Aufhebung der Aberkennung (lit. a) oder auf Verlangen beim Verlassen der Schweiz, wenn er hier keinen Wohnsitz hat (lit. b), auszuhändigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt es allerdings einen unzulässigen Eingriff in ausländische Hoheitsrechte dar, wenn dem Inhaber eines aberkannten ausländischen Führerausweises mit Wohnsitz in der Schweiz verwehrt wird, mit diesem im Ausland zu fahren. Ein solcher Eingriff bedarf einer speziellen Grundlage im internationalen Recht, was hier jedoch nicht der Fall ist (vgl. dazu BGE 121 II 450 E.3a und dort aufgeführte Literatur sowie weitere Bundesgerichtsentscheide). Soweit Art. 45 Abs. 4 VZV generell vorschreibt, dass der aberkannte ausländische Führerausweis dem Berechtigten beim Verlassen der Schweiz nicht auszuhändigen ist, wenn er hier Wohnsitz hat, verstösst er nach Ansicht des Bundesgerichtes - mangels Rechtsgrundlage - gegen das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip (vgl. BGE 121 II 453 E.5a).

#### **E. 4.2**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit dem Institut der Aberkennung ausländischer Führerausweise entgegen der Behauptung des rekurrentischen Anwaltes das Territorialitätsprinzip nicht verletzt wird, weil die Aberkennung nur Gültigkeit für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein hat. Demgegenüber bleibt es dem Rekurrenten - unter Vorbehalt anderslautendem ausländischem Recht - unverwehrt, auf ausländischem Staatsgebiet auch während der Aberkennungsdauer ein Motorfahrzeug zu lenken. Auch

die Pflicht im Sinne von Art. 45 Abs. 1 erster Satz VZV zur Hinterlegung des ausländischen Führerausweises vom Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. verstösst nicht gegen das Territorialitätsprinzip, denn der hinterlegte Führerausweis ist dem Rekurrenten für Fahrten auf ausländischem Staatsgebiet nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes auszuhändigen (vgl. dazu BGE 121 II 453 E.5a). Sofern der Rekurrent von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, muss er dies dem Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. rechtzeitig mitteilen. Dieses hat dem Schweizerischen Zollamt, bei welchem der Rekurrent die Schweiz zu verlassen gedenkt, den Führerausweis zu übermitteln, damit er dort vom Rekurrenten beim Verlassen der Schweiz abgeholt werden kann. Eine solche Massnahme ist im Interesse der Verhinderung von Missbrauch notwendig. Zudem muss der Rekurrent bei der Wiedereinreise in die Schweiz den Ausweis beim betreffenden schweizerischen Zollamt deponieren, welches diesen an das Strassenverkehrsamt Appenzell I.Rh. zu retournieren hat. Standeskommissionsbeschluss Nr. 1273 vom 6. November 2007

## **E. 5**

einzugliedern und dürfen das Landschafts-, Orts- und Strassenbild oder dessen Charakter nicht wesentlich beeinträchtigen. Diese grundsätzlichen Vorschriften werden im vorliegenden Fall durch Art. 11 BauR massiv verschärft. Laut Art. 11 Ziff. 1. BauR sind innerhalb der Ortsbildschutzzone alle Bauten bzw. Anlagen generell mit besonderer Sorgfalt zu gestalten und sehr gut in das Ortsbild einzupassen. 4.1.4. Ob ein Bauprojekt den Anforderungen von Art. 51 Abs. 1 BauG sowie Art. 11 Ziff. 1. BauR genügt oder nicht, ist nach objektiven und grundsätzlichen Kriterien zu prüfen, wobei es weder auf den Eindruck ästhetisch besonders empfindsamer Personen noch auf das Volksempfinden ankommt. Bei der Beurteilung dieser Frage bleibt demnach der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum offen. (...) 4.2.2. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die bisherigen Vorgärten entfernt und durch Autoabstellplätze ersetzt werden sollen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine solche Veränderung bzw. Umgestaltung störend bzw. mit Art. 51 Abs. 1 BauG sowie Art. 11 Ziff. 1. BauR vereinbar ist oder nicht, ist entscheidend, dass Vorgärten aufgrund ihrer Häufigkeit zum typischen Ortsbild in Appenzell, insbesondere in der Ortsbildschutzzone gehören. 4.2.3. Bei der Prüfung dieser Frage ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die Liegenschaften A und B Bestandteil einer zusammengebauten Häuser- bzw. Gebäudereihe bilden, welcher Vorgärten vorgelagert sind. Die Vorgärten bilden somit ein typisches Element des fraglichen Gebietes bzw. des diesbezüglichen Strassen- und Ortsbildes. Eine Umgestaltung der zur Diskussion stehenden Vorgärten in Autoabstellplätze würde demnach störend wirken. Das vorhandene Bild würde nachhaltig und negativ verändert bzw. die bisherige Struktur der bestehenden Vorgärten würde gesprengt. Die projektierten Autoabstellplätze würden im Vergleich zu den übrigen Vorgärten als Fremdkörper in Erscheinung treten. Ein durchschnittlicher Betrachter müsste darin eine Verunstaltung sehen, die mit der erwähnten Schutzbedürftigkeit in der Ortsbildschutzzone nicht vereinbar wäre. Wegen der negativ auffallenden Wirkung können die geplanten Autoabstellplätze daher nicht bewilligt werden. Standeskommissionsbeschluss Nr. 800 vom 26. Juni 2007

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101 Art. 29 BV; Allgemeine Verfahrensgarantien; formelle Rechtsverweigerung durch überspitzten Formalismus Das Beharren der Bewilligungsbehörde auf dem Abbruch einer nicht landschaftsverträglichen Baute, die mit der Realisierung einer bewilligungsfähigen Baute vollständig verdeckt werden soll, ist ein Verstoß gegen den aus Art. 29 BV

abgeleiteten Grundsatz des Verbotes des überspitzten Formalismus und stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar.

### **E. 5.1**

In tatsächlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Parz. F, auf welcher die Trialstrecke betrieben werden soll, in der Landwirtschaftszone liegt. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung für eine Bewilligung ist laut Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszonen entsprechen. Gestützt auf Art. 16a Abs. 1 RPG sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Es liegt auf der Hand, dass der Betrieb einer Trialstrecke mit dem

### **E. 5.2**

Ist die Zonenkonformität der im Streite liegenden Trialstrecke nicht gegeben, stellt sich die Frage, ob diese allenfalls als Ausnahme im Sinne von Art. 24 RPG bewilligt werden kann. Aufgrund dieser Bestimmung können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Ausnahmewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordern (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b). Nur wenn diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, darf eine Ausnahmewilligung erteilt werden (vgl. dazu BGE 123 II 255 E.5; 119 Ib 73 E.3a; 118 Ib 18 f. E.2a).

#### **E. 5.2.1**

Der Zweck der Bauten und Anlagen erfordert im Sinne von Art. 24 lit. a RPG einen Standort ausserhalb der Bauzonen, wenn entweder eine positive oder negative Standortgebundenheit vorliegt. Von positiver Standortgebundenheit wird gesprochen, wenn eine Baute oder Anlage aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Eine negative Standortgebundenheit liegt dann vor, wenn eine Baute wegen der von ihr ausgehenden Emissionen in der Bauzone nicht realisiert werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Auswirkungen der Baute oder Anlage die allgemeine Siedlungsnutzung so intensiv beeinträchtigen würde, dass diese überhaupt nicht oder nur noch unter übermässig erschwerten Bedingungen ausgeübt werden kann. Eine negative Standortgebundenheit ist also immer dann gegeben, wenn sich eine Baute oder Anlage wegen unerwünschter Immissionen in keiner Bauzone verwirklichen lässt. Im Übrigen beurteilen sich die Voraussetzungen der Standortgebundenheit nach objektiven Massstäben und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit ankommen. Generell ist bei der Beurteilung der diesbezüglichen Voraussetzungen ein strenger Massstab anzulegen (vgl. dazu BGE 124 II 255 f. E.4a; 123 II 261 f. E.5a; 119 Ib 445 E.4a).

#### **E. 5.2.2**

Es stellt sich somit die Frage, ob ein Trial-Betrieb derart lauten und lästigen Lärm verursacht, dass Standorte in der Bauzone - sogar in der Gewerbe- und Industriezone - und in der Nähe von Wohnsiedlungen überhaupt nicht denkbar sind. Bei einem Motocross-Betrieb kann diese Frage zweifellos bejaht werden, denn der Motocrosssport zeichnet sich im Gegensatz zum Trialsport durch eine aggressive und schnelle sowie geräuschvolle Fahrweise aus. Demgegenüber fällt beim Trialsport die Geschwindigkeit und

der von den benutzten Maschinen verursachte Lärm nicht derart ins Gewicht, dass dieser Sport grundsätzlich nicht innerhalb der Bauzonen ausgeübt werden könnte.

Ausschlaggebend ist die Geschicklichkeit des Fahrers bzw. sein fahrtechnisches "Feingefühl".

### **E. 5.2.3**

Gegen die Annahme der Standortgebundenheit ist vor allem der Umstand ins Feld zu führen, dass Sport- und Freizeitanlagen wie Fussball- und Tennisplätze, Minigolfanlagen, Schwimmbäder und ähnliches ausserhalb der Bauzonen

### **E. 6**

Aus den Erwägungen der Standeskommission:

### **E. 7**

und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Das Gericht hat bei der im Zeitpunkt des Urteils vorgelegenen Sachlage die allgemeinen Interessen am Landschaftsschutz höher bewertet als die privaten Interessen des Beschwerdeführers. 3.3.2. Zur Vermeidung des Abbruches des abgelehnten Igluanbaues plant der Beschwerdeführer die Erstellung eines Anbaus an die Scheune mit Pultdach, durch welches der bestehende Iglu abgedeckt werden soll. Das entsprechende Bauermittlungsverfahren wurde vom Bau- und Umweltdepartement positiv beantwortet und das entsprechende Baugesuch vom 25. Februar 2007 ist beim Bau- und Umweltdepartement hängig. Den Unterlagen des Bezirksrates ist zu entnehmen, dass innert der Auflagefrist gegen das Projekt keine Einsprachen eingegangen sind und auch die Fachkommission Heimatschutz das Bauvorhaben positiv beurteilt hat.

Wenn dieser geplante Anbau hinsichtlich der Ästhetik allenfalls bewilligt werden kann und in der Folge der bestehende störende Igluanbau abgedeckt würde, wäre das allgemeine Interesse an der Beseitigung des Iglus derart gering, dass der Schaden, der dem Beschwerdeführer durch den Abbruch entstünde, nicht mehr gerechtfertigt werden könnte. Das Festhalten am Abbruch des durch diesen Anbau zugedeckten Iglus würde demnach gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen. Die vorgesehene Anbaute mit Pultdach würde für den Beschwerdeführer im Vergleich zum Abbruch des Iglus die mildere Massnahme darstellen und gleichzeitig würde auch dem öffentlichen Interesse des Landschaftsschutzes Rechnung getragen.

Die Baubewilligungsbehörde hat sich gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers in dieser Angelegenheit dahingehend geäussert, solange der Iglu nicht abgebrochen sei, werde es für den Anbau mit Pultdach keine Baubewilligung geben. Der Bezirksrat hält in der Stellungnahme zur vorliegenden Aufsichtsbeschwerde fest, dass er an das Urteil des Verwaltungsgerichtes gebunden sei und keine Baubewilligung erteilen könne, bevor der angebaute Iglu entfernt worden sei.

Mit diesem strengen Festhalten am Urteil des Verwaltungsgerichtes und dem Beharren auf der Entfernung des Iglus, obwohl aufgrund des Auflageverfahrens und der Prüfung durch die Fachkommission Heimatschutz eine Bewilligungserteilung des Pultdaches allenfalls möglich ist, stellt sich in der Tat die Frage, ob damit von einem überspitzten Formalismus gesprochen werden muss. Das strikte Handeln nach dem Erkenntnis des Kantonsgerichtes könnte nicht mehr mit einem schutzwürdigen Interesse gerechtfertigt werden, wenn diesem

geschützten Interesse des Landschaftsschutzes auch durch die Erstellung des projektierten Anbaues mit Pultdach Rechnung getragen werden könnte. Die Baubewilligungsbehörde würde bei Fortsetzung dieser Haltung das Verhältnismässigkeitsprinzip im Vollzug eines rechtskräftigen Entscheides verletzen. Standeskommissionsbeschluss Nr. 857 vom 3. Juli 2007

## **E. 8**

Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), SR 700 Art. 22 und 24 RPG; Art. 20a BauG; Baubewilligungspflicht und Zonenkonformität eines Motorrad-Trial-Trainingsgeländes ausserhalb der Bauzonen Die Markierung und Anlegung einer Motorrad-Trial-Strecke über natürliche Hindernisse zwecks regelmässigem Training fällt unter die Bewilligungspflicht im Sinne der Bau- und Raumplanungsgesetzgebung. Der Betrieb dieser Trainingsanlage ist in der Landwirtschaftszone weder zonenkonform noch standortgebunden. Sie kann nur in einer speziell zu diesem Zweck ausgeschiedenen Sportzone realisiert werden. Aus den Erwägungen der Standeskommission: 4. Vorerst stellt sich die Frage, ob die Anlegung bzw. Markierung einer Trialstrecke unter die Bewilligungspflicht im Sinne der Bau- und Raumplanungsgesetzgebung fällt.

Aufgrund von Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist nach lit. a von Abs. 2 des gleichen Artikels, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Der Begriff "Bauten und Anlagen" im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG ist vom Gesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelten als "Bauten und Anlagen" jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (vgl. dazu BGE 118 Ib 9; 113 Ib 315). In diesem Sinne handelt es sich bei Bauten um oberirdische und unterirdische Gebäude und gebäudeähnliche Objekte sowie Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (vgl. dazu Eidg. Justiz- und Polizeidepartement / Bundesamt für Raumplanung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, N. 6 f. zu Art. 22 RPG, Bern 1981). Art. 1 Abs. 2 BauG steht mit der oben aufgeführten Rechtsprechung im Einklang. Gemäss der zitierten Bestimmung regelt das Baugesetz die Anforderungen an Bauten, Anlagen sowie bauliche und landschaftsverändernde Vorkehrungen, die aus Gründen der Raumplanung, der Ästhetik, der Sicherheit und Hygiene sowie des umwelt- und energiegerechten Bauens zu stellen sind. Überdies bejaht die Rechtsprechung die Baubewilligungsbedürftigkeit auch für blosser Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, wenn diese erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung haben (vgl. dazu BGE 119 Ib 222 E.3 betreffend Hängegleiterlandeplatz; BGE 114 Ib 87 E.3 betreffend Wasserskianlage; BGE 112 Ib 277 betreffend Lagerplatz für Altmaterialien; nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 22. April 1988 i.S.M. betreffend Ski- und Motocrosspisten). Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist für die Bejahung der Bewilligungspflicht nämlich nicht allein die Veränderung des Terrains durch Abtragung, Auffüllung oder andere Massnahmen ausschlaggebend. Es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Im Entscheid betreffend Hängegleiterlande-

## **E. 9**

platz führte das Bundesgericht aus, durch die Verwendung als Landeplatz werde die fragliche Fläche einer neuen, organisierten und auf Dauer ausge- richteten Nutzung zugeführt, welche bedeutende Auswirkungen auf die Umge- bung habe, auch wenn der Landeplatz nicht künstlich geschaffen wurde und darauf keine auf Dauer angelegten Einrichtungen, die mit dem Erdboden in fester Verbindung stehen würden, erstellt würden (vgl. dazu BGE 119 Ib 227 E.3b). Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raum- planerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Der Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge derart wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nach- barn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Im vorliegenden Fall ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass beim Trialsport in erster Linie natürliche Hindernisse mit dem Motorrad zu ü- berwinden sind. Trialstrecken weisen deshalb weder fest mit dem Boden ver- bundene Einrichtungen noch Aufschüttungen und Abgrabungen auf. Das Ter- rain wird somit durch eine Trialstrecke grundsätzlich nicht verändert. Aus dem vorliegenden Baugesuch geht zudem hervor, dass der bestehende Kiesum- schlagplatz als "Trainingsgelände" benutzt werde. Dabei würden die sich dort befindlichen Baumstämme, Steine und Erdhügel befahren. Die erwähnten Hindernisse seien nicht "definitiv verbaut", sondern würden lediglich lose he- rumliegen und allenfalls von Zeit zu Zeit leicht umplatziert. Aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse und der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist somit die zur Diskussion stehende Trialstrecke wegen der neuen, organisierten und auf Dauer ausgerichteten Nutzung als Baute oder Anlage im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG zu qualifizieren, weshalb diese bewil- ligungspflichtig gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG ist, zumal Pistenanlagen für mo- torsportliche Veranstaltungen gestützt auf Art. 10a Abs. 1 des Bundesgeset- zes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG) in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Okto- ber 1988 (UVPV) und Ziff. 60.2 des dazugehörigen Anhanges zusätzlich der Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen. Demgegenüber wäre die Bewilli- gungspflicht nicht gegeben, wenn es sich um eine einmalige Veranstaltung handeln würde (vgl. dazu AGVE 2001, S. 488 ff.), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

#### **E. 10**

Zweck einer Landwirtschaftszone nicht vereinbar ist, weshalb die Erteilung ei- ner ordentlichen Baubewilligung von vornherein ausser Betracht fällt.

#### **E. 11**

unzulässig bzw. in den Bauzonen zu realisieren sind (vgl. dazu Bandli, Bauen ausserhalb der Bauzonen, Grusch 1989, N. 227 und dort aufgeführte Bundes- gerichtsurteile). Art. 20a Abs. 1 BauG sieht für solche Bedürfnisse in erster Li- nie spezielle Sportzonen vor. Da es sich beim Befahren einer Trialstrecke um die Ausübung einer sportlichen Tätigkeit mit eher mässigen Immissionen han- delt, sind Trialpisten in Sportzonen zu realisieren, weshalb die Standortgebun- denheit von vornherein entfällt. Standeskommissionsbeschluss Nr. 1327 vom 20. November 2007

Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG), SR 741.01 Art. 14 und Art. 16d SVG; Eignung des Fahrzeugführers; Entzug des Führer- ausweises bei eingeschränkter

Leistungsfähigkeit Ein Motorfahrzeugführer muss seine Eignung zur Führung eines Fahrzeuges durch eine Prüfung nachweisen. Entstehen nach der Erteilung ernsthafte Bedenken über die Eignung, muss der Führer durch eine neue Prüfung nachweisen, dass er die Voraussetzungen weiterhin erfüllt. Das Nichtbestehen der Prüfung sowie die Verweigerung einer amtlich verlangten Prüfung hat den Entzug des Führerausweises auf unbestimmte Zeit zur Folge. Aus den Erwägungen der Standeskommission:

#### **E. 12**

dass der Bewerber die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorie, für die der Ausweis gilt, sicher zu führen versteht. Bestehen Bedenken über die Eignung eines Führers, so ist er gemäss Art. 14 Abs. 3 SVG einer neuen Prüfung zu unterwerfen. Der Bundesrat hat in der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976 Ausführungsbestimmungen über die Zulassung von Fahrzeugführern zum Strassenverkehr erlassen. Nach Art. 7 Abs. 1 VZV muss diejenige Person, welche einen Führerausweis oder eine Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport erwerben will, die medizinischen Mindestanforderungen nach dem Anhang 1 der VZV erfüllen. Für den Erwerb des Führerausweises der Kategorien C oder D oder der Unterkategorien C1 oder D1 sowie für die Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport (nachfolgend erste und zweite Gruppe der medizinischen Mindestanforderungen genannt) ist gestützt auf Art. 11a Abs. 1 lit. a und b VZV eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt oder eine Spezialuntersuchungsstelle erforderlich. Nach Art. 27 Abs. 1 lit. a VZV besteht für Inhaber eines Führerausweises der ersten und zweiten Gruppe, die Pflicht, sich bis zum fünfzigsten Altersjahr alle fünf Jahre, danach alle drei Jahre einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen.

#### **E. 13**

nach Vorliegen eines vertrauensärztlichen Gutachtens, welches die Voraussetzungen der Wiedererteilung bejaht, erfolgen. 3.4.2. Der Rekurrent macht im Weiteren geltend, angesichts seines Alters von 45 Jahren sei er zum Lenken eines Personenwagens und eines Mofas noch nicht verpflichtet, eine Gesundheitsuntersuchung zu machen. Der Rekurrent übersieht dabei die Bestimmung von Art. 14 Abs. 3 SVG, wonach der Fahrzeugführer beim Bestehen von Bedenken über die Eignung einer neuen Prüfung zu unterwerfen ist, ob er auch die Fahrzeuge derjenigen Kategorien, für die er den Ausweis behalten will, sicher zu führen versteht. Die Vorinstanz ist gestützt auf das eingereichte ärztliche Zeugnis vom 19. Oktober 2006 und die Vorakten zur Überzeugung gelangt, dass auch hinsichtlich der Fahreignung des Rekurrenten für die Motorfahrzeuge der dritten Gruppe gemäss Anhang 1 zur Verkehrszulassungsverordnung Bedenken bestehen.

Diese Auffassung der Vorinstanz erscheint der Standeskommission keineswegs abwegig. Da der Rekurrent gemäss Arztzeugnis zu emotionaler Instabilität neigt und der Vollzug einer Haftstrafe aufgrund der psychischen Stressreaktionen zu Bluthochdruck und einer psychischen Destabilisierung führen würde, ist nicht von der Hand zu weisen, dass er als Lenker eines Personenwagens oder eines Mofas eine Beeinträchtigung der Sicherheit der übrigen Verkehrsteilnehmer darstellen könnte. Insbesondere kann ohne vertiefte ärztliche Untersuchung nicht schlüssig beurteilt werden, ob die geistige Leistungsfähigkeit des Rekurrenten für die sichere Führung eines Motorfahrzeuges noch ausreicht. Entgegen der Auffassung des Rekurrenten kann jeder Motorfahrzeugführer, dessen Verhalten in Bezug

auf das sichere Führen von Motorfahrzeugen zu Zweifeln Anlass gibt, von der Administrativmassnahmebehörde zu einer verkehrsmedizinischen Untersuchung aufgeboten werden. In diesem Sinne ist ein vorsorglicher Entzug des Führerausweises für alle Motorfahrzeuge bis zum Vorliegen der vertrauensärztlichen Untersuchungsergebnisse durchaus gerechtfertigt. Standeskommissionsbeschluss Nr. 695 vom 29. Mai 2007

Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV), SR 741.51 Art. 45 VZV; Aberkennung ausländischer Führerausweise Für die Aberkennung ausländischer Führerausweise sind die schweizerischen Bestimmungen über den Entzug schweizerischer Ausweise (Art. 16 ff. SVG) anwendbar. Die Aberkennung ausländischer Ausweise gilt unabhängig des Wohnsitzes des Fahrzeugführers nur für das Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein. Aus den Erwägungen der Standeskommission:

#### **E. 14**

zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV) können ausländische Führerausweise nach den gleichen Bestimmungen aberkannt werden, die für den Entzug schweizerischer Ausweise gelten (vgl. auch BGE 121 II 450 E.3a). In materieller Hinsicht gelten somit für den Entzug schweizerischer Führerausweise und die Aberkennung ausländischer Führerausweise die gleichen Vorschriften. (...)

#### **E. 15**

##### 2. Gerichte

Anordnung einer Mediation bezüglich Kinderbelange und Verfahrenssistierung im Rahmen eines Eheschutzes mit strittigem Besuchsrecht (Art. 176 Abs. 3 und 315a ZGB) (...) 3. Im Rahmen der Regelung des Getrenntlebens, sofern die Ehegatten unmündige Kinder haben, trifft das Gericht nach Art. 176 Abs. 3 ZGB insbesondere die nötigen Massnahmen nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft in diesen Fällen das Gericht die notwendigen Massnahmen. Es kann die Eltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist (Art. 307 Abs. 1 und 3 i.V.m Art. 315a ZGB). Die Kompetenz des Eheschutzgerichtes beschränkt sich nicht mehr nur auf die Regelung der gesetzlichen Pflichten im Eltern-Kind-Verhältnis. Es kann auch Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB anordnen (SCHWANDER, Basler Kommentar, Art. 176 ZGB N 12). Das Gericht kann vor der Anordnung eigentlicher Eheschutzmassnahmen beispielsweise Sachverständige wie Ärzte, Psychologen, Sozialarbeiter, Erzieher, aber auch Mediatoren beiziehen (SCHWANDER, a.a.O, Art. 172 ZGB N 10 f.). Solche Anordnungen, welche sich auf konkretes Unterlassen oder Tun richten (darunter fällt beispielsweise auch die Anordnung einer Therapie), können als Ermahnungen oder Weisungen erfolgen. Während Ermahnungen den Obhutsinhabern Mängel und Risiken ihres Vorgehens vor Augen führen sollen, sind die Weisungen verbindlicher und können mit der Androhung der Ungehorsamstrafe (Art. 292 StGB) verbunden werden (BREITSCHMID, Basler Kommentar, Art. 307 ZGB N 21 f.). Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, aus Gründen des Kindeswohls, vor dem Entscheid über das Besuchsrecht, im Sinne einer Weisung eine Kindermediation mit den Kindern A. und B., freiwillig unter Miteinbezug des volljährigen C., anzuordnen. Ziel der Mediation ist die Ausarbeitung der Kindesinteressen im

Zusammenhang mit dem Besuchsrecht, unter Berücksichtigung der diesbezüglich mit der konkreten Trennungssituation auf die Kinder wirkenden Belastungen. Den Eltern können dabei Risiken und Chancen von Vorgehensweisen vor Augen geführt werden. Als Mediatoren werden nach vorgängiger Rücksprache die Mediatorin X. und der Mediator Y. bestimmt. Die Mutter als Obhutsberechtigte wird aufgefordert, innert Wochenfrist mit letzterem zwecks Terminabsprache telefonisch Kontakt aufzunehmen. Da dieses Vorgehen grundsätzlich mit den Parteien abgesprochen ist, wird auf die Androhung der Ungehorsamsstrafe verzichtet. Nach dem Wortlaut von Art. 315a Abs. 1 ZGB sind auch bei richterlicher Zu-

## E. 16

ständigkeit zur Anordnung der Kindesschutzmassnahmen die vormundschaftlichen Behörden mit dem Vollzug zu betrauen, da grundsätzlich das gerichtliche Verfahren mit dem Entscheid abgeschlossen wird, während der Schutz des Kindes meist eine kontinuierliche weitere Begleitung erfordert (BREITSCHMID, a.a.O., Art. 315/315a/315b ZGB N 2). Konkret wird jedoch die Massnahme, nämlich eine Kindermediation, mit einem Zwischenentscheid verfügt, dient lediglich einer kindgerechten Regelung des Besuchsrechts und ist damit vor dem Endentscheid wieder abgeschlossen. Die Kosten der Mediation gelten somit als Teil der amtlichen Gerichtskosten. Entsprechend rechtfertigt es sich, in diesem speziellen Fall, e contrario den Vollzug der Massnahme dem Gericht zu belasten. Es erübrigt sich deshalb, im jetzigen Zeitpunkt und solange die angeordnete Massnahme noch während dem Gerichtsverfahren abgeschlossen werden kann, die Vormundschaftsbehörden zu informieren. Die Mediatoren werden gebeten, die Angelegenheit beförderlich an die Hand zu nehmen und möglichst bald auch abzuschliessen, damit das Gericht den Entscheid anschliessend fällen kann. Der Abschlussbericht über die Kindermediation ist, zusammen mit der Kostennote, dem Gericht einzureichen. (Bezirksgericht Obereggen, Beschluss EO 19/06 vom 29. Mai 2007)

Mobilfunkantenne ausserhalb der Bauzone; Leistungserhöhung ohne bauliche Veränderungen; Netz- und Abdeckungsplan (Art. 24 RPG) (...) 10. Von vornherein nicht berufen kann sich die Beschwerdegegnerin entgegen ihren Ausführungen auf die Bestandesgarantie von Art. 24c RPG. Diese Bestimmung enthält eine Besitzstandsgarantie für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, die nicht mehr zonenkonform sind. Art. 41 RPV ergänzt sie dahingehend, dass Bauten und Anlagen betroffen sind, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert worden sind, durch die nachträgliche Änderung von Erlässen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. In aller Regel handelt es sich bei der Rechtsänderung um das Inkrafttreten des ersten Gewässerschutzgesetzes am 1. Juli 1972 (BUNDESAMT FÜR RAUMENTWICKLUNG, Neues Raumplanungsrecht, Bern 2001, Faszikel 5, Bewilligungen nach Art. 24c RPG, S. 5) bzw. das Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes am 1. Januar 1980 (HEER, a.a.O., N 460). Die vorliegend strittige Antennenanlage wurde aber erst in den 90er Jahren als zonenfremde Baute bewilligt und erstellt, und zwar durch eine originäre Ausnahmebewilligung.

Die Beschwerdeführer argumentieren, es fehle ein Netz- und Abdeckungsplan, aus dem ersichtlich sei, dass die Leistungssteigerung bei den Mobilfunk- und WLL-Diensten zur Deckung einer Versorgungslücke der angebotenen Dienstleistungen notwendig sei.

Die Konzession des Bakom gemäss Art. 22 FMG begründet zwar ein öffentliches Interesse an der Realisierung der darin vorgesehenen Netze. In den raumplanerischen Verfahren müssen aber alle, auch die entgegenstehenden, Interessen abgewogen werden. Eine Konzession gibt daher noch keinen An-

#### **E. 17**

spruch auf Erteilung einer bau- und planungsrechtlichen Bewilligung. Im Baubewilligungsverfahren ist das Vorliegen einer fernmelderechtlichen Konzession der Betreiberin nicht zu prüfen. Eine Koordination der Baubewilligung mit der fernmelderechtlichen Konzession ist auch materiellrechtlich nicht geboten (Bundesgerichtsurteil 1P.54/2004 Erw. 5.3). Mobilfunkantennen sind Teil eines Netzes, das der Versorgung mit Mobiltelefonie dient; neue Antennen, aber auch Leistungserhöhungen an bestehenden Antennen bezwecken i.d.R. die Beseitigung einer Abdeckungslücke des Netzes oder eine Verbesserung dessen Kapazität.

Das Bundesgericht hat im Entscheid 1A.186/2002 Erw. 3.1 festgehalten, eine neue Antenne sei auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen, wenn eine Deckungs- oder Kapazitätslücke aus funktechnischen Gründen mit einem oder mehreren Standorten innerhalb der Bauzone nicht in genügender Weise beseitigt werden könne bzw. wenn es bei einem Standort innerhalb der Bauzone zu einer nicht vertretbaren Störung der in anderen Funkzellen des Netzes verwendeten Frequenzen käme. Nicht ausreichend sind nach Ansicht des Bundesgerichts dagegen wirtschaftliche Vorteile des gewählten Standorts (z.B. geringere Landerwerbskosten; voraussichtlich geringere Zahl Einsparungen) oder zivilrechtliche Gründe für die Standortwahl, wie z.B. die Weigerung von Eigentümern, einer Mobilfunkantenne auf ihren Grundstücken innerhalb der Bauzone zuzustimmen.

Zum Teil wird für die Bejahung der Standortgebundenheit in der kantonalen Praxis zusätzlich verlangt, dass sich die Deckungs- oder Kapazitätslücke nicht durch die Mitbenützung eines bereits vorhandenen Standorts eines anderen Mobilfunkbetreibers ausserhalb der Bauzone beseitigen lässt (so die Berner Praxis, vgl. BVR 2001, 252 Erw. 5d). Für diese Praxis spricht gemäss Bundesgericht die Überlegung, dass in diesem Fall regelmässig kein Bedürfnis für die Bewilligung eines neuen Antennenstandorts ausserhalb der Bauzone besteht. Gegen die systematische Einordnung bei der Standortgebundenheit lässt sich nach Ansicht des Bundesgerichts dagegen anführen, dass es eine Frage der raumplanerischen Interessenabwägung ist, welchem von mehreren möglichen Standorten ausserhalb der Bauzone der Vorzug zu geben ist (Entscheid 1A.186/2002 Erw. 3.2 m.w.Hinw.).

Das Bundesgericht hat im Entscheid 1A.186/2002 verlangt, dass mit einem Netz- und Abdeckungsplan die Notwendigkeit eines Neubaus einer Antennenanlage ausserhalb der Bauzone nachgewiesen wird. Wie zu entscheiden ist, wenn die Leistung einer bestehenden Anlage ausserhalb der Bauzone erhöht werden soll, hat das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht entscheiden müssen. Insbesondere hat es sich nicht zur Frage geäussert, ob der Betreiber in einem solchen Fall ebenfalls einen Netz- und Abdeckungsplan einzureichen hat, wie dies die Beschwerdeführer behaupten. Eine gesetzliche Regelung, wonach Netz- und Abdeckungspläne bei einer Leistungserhöhung einzureichen sind, gibt es nicht. Art. 11 Abs. 2 NISV verlangt nur die Einreichung des Standortdatenblatts. 11. Im Rahmen des ursprünglichen Baubewilligungsverfahrens für die Antennenanlage wurde in den 90er Jahren sowohl die Standortgebundenheit geprüft

als auch eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen. Es wurde damals

## **E. 18**

festgestellt, dass die Anlage am jetzigen Standort funktechnisch optimal gelegen ist (vgl. act. A19 BUD, S. 4). Bei der Interessenabwägung wurde die Versorgung der steigenden Kommunikationsansprüche der Bevölkerung höher gewichtet als der Eingriff in die Landschaft, zumal mit dem Neubau zwei bestehende, die Natur ebenfalls bis zu einem gewissen Grad beeinträchtigende Antennenanlagen entfernt werden konnten (vgl. act. A19 BUD, S. 5).

Die Standortgebundenheit ist damit rechtskräftig entschieden. Die Interessenabwägung im vorliegenden Fall kann nicht mehr dazu führen, den Standort der Antenne in Frage zu stellen. Die Standortgebundenheit wurde auch bei den Gesuchen von A um Erweiterung und B um Mitbenützung im Jahr 1999 anerkannt. Das Bundesgericht hat in den Entscheiden 1A.186/2002 Erw. 3.2 und 1A.140/2003 Erw. 3.3 im Sinne der Koordinations- und Konzentrationspflicht festgehalten, dem Ausbau bestehender Anlagen sei der Vorzug vor einem Neubau zu geben. Ausserhalb der Bauzone entspricht es dem Gedanken der in der Schweiz geltenden Raumordnung, dass die Zahl der Antennenmasten durch eine sinnvolle Koordination der von den verschiedenen Netzbetreibern zu installierenden Antennenanlagen möglichst gering gehalten wird. Das Bundesamt für Raumentwicklung hat in Merksätzen zur Problematik von Mobilfunkanlagen und Raumplanung (abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/themen/frequenzen>, Stichwort Antennenkoordination, Anhang 2) als Grundsätze festgehalten, dass Antennenstandorte nach Möglichkeit zusammengelegt werden und künftige Ansprüche mit bestehenden Anlagen abgedeckt werden. Das Bundesgericht hat die Verbindlichkeit dieser Merksätze bei der Anwendung von Art. 24 RPG auf Antennenanlagen bestätigt (Entscheid 1A.62/2001 Erw. 6c).

Die Interessen müssen für die vorgesehene Leistungserhöhung der Mobilfunk- und WLL-Dienste vorliegend ebenfalls abgewogen werden. Allerdings sind die meisten zu berücksichtigenden Interessen bereits beim ursprünglichen Baubewilligungsverfahren geprüft worden. Dies betrifft die in Art. 1 und 3 RPG konkretisierten Ziele, nämlich Natur- und Heimatschutz, Gewässerschutz und Landschaftsschutz (vgl. dazu BANDLI, a.a.O., N 123 ff.). Da vorliegend lediglich die Leistung eines Dienstes ohne sichtbare bauliche Veränderungen erhöht wird, ist nur der Umweltschutz aufgrund der Wirkung der Strahlung nochmals zu prüfen. Natur- und Heimatschutz, Gewässerschutz und Landschaftsschutz werden von vornherein nicht mehr beeinträchtigt als vorher. Was die Wirkung der Strahlung betrifft, kann grundsätzlich auf das Gesagte verwiesen werden. Durch den Erlass der NISV hat der Ordnungsgeber bereits eine abschliessende vorsorgliche Emissionsbegrenzung getroffen, die weitere emissionsbegrenzende Massnahmen wie etwa die Verschiebung eines Standorts ausschliesst. Die NISV trägt den Gesundheitsinteressen der von nichtionisierender Strahlung betroffenen Bevölkerung somit grundsätzlich abschliessend Rechnung. Es ist daher auch bei der Erteilung einer Bewilligung nach Art. 24 RPG nur zu prüfen, ob am Standort ausserhalb der Bauzone die NISV eingehalten ist. Das Bundesumweltrecht verlangt nicht mehr, als dass die Anlage die Anlagegrenzwerte und die Immissionsgrenzwerte gemäss NISV einhält (Bundesgerichtsurteil 1A.120/2005 Erw. 7).

Das Bundesgericht hat für die Erteilung einer Bewilligung für eine Anlage ausserhalb der Bauzone im Entscheid 1A.186/2002 verlangt, dass ein Netz- und

## E. 19

Abdeckungsplan vorgelegt wird. Dieser Entscheid betrifft den Neubau einer Antennenanlage und kann mit der vorliegenden Konstellation nicht verglichen werden. Bei einem Neubau spielen regelmässig die Gesichtspunkte des Natur- und Heimatschutzes, des Gewässerschutzes und des Landschaftsschutzes eine wesentliche Rolle, weil es um einen bedeutenden Eingriff in diese Bereiche geht. Solche Neubauten ausserhalb der Bauzone sollen die Ausnahme bleiben. Wenn aber bereits eine solche Anlage steht, spielen diese Gesichtspunkte bei einer Leistungserhöhung innerhalb der NISV ohne sichtbare bauliche Veränderungen keine Rolle mehr. Dann ist nur noch die Einhaltung der Grenzwerte gemäss NISV wichtig. Die Situation ist dann vergleichbar mit der Erteilung einer Bewilligung für eine Antennenanlage innerhalb der Bauzone. Dort darf die Bewilligung auch nicht von einem Bedürfnisnachweis abhängig gemacht werden (vgl. Bundesgerichtsurteile 1A.264/2000 Erw. 9.4, 1A.140/2003 Erw. 3.1 und 1A.18/2004 Erw. 5.3). Die gesundheitlichen Aspekte sind innerhalb und ausserhalb der Bauzone genau die gleichen. Die nachgesuchte Leistungserhöhung ist deshalb ohne Vorliegen eines Netz- und Abdeckungsplans zu bewilligen, und die – im Übrigen im Laufe des Verfahrens unwidersprochene - Behauptung der verfügenden Behörde, die Konkurrentinnen der Beschwerdegegnerin, A und B, sendeten mit höherer Leistung, braucht nach dem Gesagten nicht verifiziert zu werden.

Immerhin ist noch anzumerken, dass Angaben der Mobilfunkunternehmen über die bestehende oder prognostizierte Abdeckung ohnehin lediglich Parteibehauptungen sind, die - sofern sie bestritten werden - nicht ungeprüft übernommen werden dürften (Bundesgerichtsurteil 1A.186/2002 Erw. 4.2). Dies gilt grundsätzlich auch für die mittels Computerprogramm erstellten Abdeckungskarten: Auch wenn die Mobilfunkanbieter regelmässig ein Interesse an der möglichst richtigen Darstellung der Abdeckung haben, um potentielle Standorte richtig evaluieren zu können, müssen diese Unterlagen bei einem Neubau ausserhalb der Bauzone auf ihre Plausibilität und Vollständigkeit hin überprüft und in Zweifelsfällen verifiziert werden, wofür regelmässig eine Expertise notwendig sein wird (Bundesgerichtsurteil 1A.186/2002 Erw. 4.2; BVR 2002 S. 268 ff.). (Kantonsgericht, Urteil V 14/05 vom 5. September 2006; bestätigt mit Bundesgerichtsurteil 1A.274/2006)

Fuss- und Wanderwegnetzplan; Verfahren; Linienführung im Flachmoor (Art. 78 Abs. 5 BV, Art. 23c NHG, Art. 9 FWG, Art. 5 FMV, Art. 3 und 5 EG FWG) (...) 3. Fusswege liegen in der Regel im Siedlungsgebiet (Art. 2 Abs. 1 der kantonalen Verordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege [im Folgenden: V EG FWG]). Wanderwege von kantonalen Bedeutung sind die Hauptverbindungen zwischen Ortschaften (Art. 2 Abs. 2 V EG FWG). Die übrigen Wanderwege sind Wege von lokaler Bedeutung (Art. 2 Abs. 4 V EG FWG). Wanderwegnetze dienen vorwiegend der Erholung und liegen in der Regel ausserhalb des Siedlungsgebiets (Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Fuss- und Wanderwege [im Folgenden: FWG]). Wanderwegnetze erschliessen insbesondere für die Erholung geeignete Gebiete, schöne Land-

## E. 20

schaften, kulturelle Sehenswürdigkeiten, Haltestellen des öffentlichen Verkehrs und touristische Einrichtungen (Art. 3 Abs. 3 FWG).

Die Pläne für das Fuss- und Wanderwegnetz des Kantons Appenzell I.Rh. werden vom jeweils zuständigen Bezirksrat erlassen und bedürfen der Genehmigung durch die

Standeskommission (Art. 3 Abs. 1 des kantonalen Einführungs- gesetzes zum Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege [im Folgenden: EG FWG]). Beim Erlass eines Fuss- und Wanderwegnetzplans gibt es ein zweistu- figes Verfahren: Zunächst wird das Konzept erstellt, sodann die Pläne während 30 Tagen öffentlich aufgelegt (Art. 3 Abs. 3 EG FWG). Diese Pläne sind behör- denverbindlich (Art. 2 EG FWG). Einspracheberechtigt ist in dieser ersten Pha- se jede im Kanton wohnhafte natürliche Person (Art. 3 Abs. 3 EG FWG). Diese erste Phase entspricht im Wesentlichen einem Richtplan nach Art. 6 ff. des eid- genössischen Raumplanungsgesetzes (im Folgenden: RPG). Ein solcher Richtplan gibt die Vorstellungen der Behörden über die erwünschte Wegstruktur wieder. Die Behördenverbindlichkeit bezweckt eine Verstetigung der Planung und soll die Rechtssicherheit der darauf basierenden Nutzungspläne stärken (HÄNNI, Planungs- Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2002, S. 130). In dieser Phase kann insbesondere geltend gemacht werden, von A nach B solle überhaupt kein Weg führen.

In einer zweiten Phase werden die Wege gestützt auf die rechtskräftigen Pläne öffentlich erklärt (Art. 5 EG FWG). Damit werden sie eigentümerverbindlich (Art. 2 EG FWG). Die öffentlichen Fuss- und Wanderwege dürfen im Rahmen ihrer Zweckbestimmung, ihrer Gestaltung, der örtlichen Verhältnisse und der gelten- den Vorschriften von jedermann unentgeltlich und ohne besondere Bewilligung benützt werden (Art. 5 Abs. 3 EG FWG). Diese zweite Phase entspricht im We- sentlichen einem Nutzungsplan nach Art. 14 ff. RPG (vgl. LGVE 1995 II Nr. 1). Nutzungspläne sollen in Übereinstimmung stehen mit den übergeordneten Richtplänen. Mit der nutzungsplanmässigen Festlegung von Fuss- und Wan- derwegen werden grundsätzlich die in Richtplänen verlangten Anordnungen über die Linienführung von Wegen konkretisiert. Die Nutzungspläne haben denn auch grundsätzlich der Richtplanung zu entsprechen (JUD, Rechtsverhält- nisse an Gehflächen - Darstellung fussgängerbezogener Rechtsverhältnisse unter Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung über Fuss- und Wanderwege, Zürich 1989, S. 118). In dieser Phase können nur noch die Eigentümerinnen und die Eigentümer Einsprache erheben und nur noch die Verletzung ihrer Ei- gentumsrechte geltend machen, wobei die Linienführung insofern noch ange- fochten werden kann, als sie in den Augen der Einsprecherin unverhältnismäs- sig ist und damit ungerechtfertigt in ihr Eigentum eingreift. Die Einsprecherin kann also vorbringen, von A nach B gebe es eine mildere Variante als die zur Öffentlicherklärung vorgesehene. Nicht mehr geltend gemacht werden kann in dieser Phase grundsätzlich, dass von A nach B gar kein Weg führen solle. Wie- viel Spielraum den für die Fuss- und Wanderwegnetzplanung zuständigen Be- zirken betreffend Linienführung in der zweiten Phase der Öffentlicherklärung verbleibt, war im Grossen Rat umstritten (vgl. Protokoll 2. Lesung vom 12. Feb- ruar 1996, S. 45 f.).

Die Zweistufigkeit des Verfahrens mit zweimaliger Rechtsmittelmöglichkeit wur- de im Grossen Rat bei der Beratung des Gesetzes zu Recht als "Novum" be- zeichnet (vgl. Protokoll 2. Lesung vom 12. Februar 1996, S. 39). Es ergeben

## **E. 21**

sich daraus gewisse Schwierigkeiten bei der Anwendung im Rechtsmittelverfah- ren, weshalb die Beschwerdegründe in der zweiten Phase eher grosszügig ge- handhabt werden sollten. 4. Die Belastung eines privaten Grundstücks mit einem Fuss- oder Wanderweg ist nur mit der Eigentumsgarantie vereinbar, wenn sie sich auf eine genügende ge- setzliche Grundlage stützt, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse ge- rechtfertigt ist und die Verhältnismässigkeit wahrt (BGE 129 I 337 Erw. 4.1 S. 344). Die Öffentlicherklärung einer

Sache setzt voraus, dass das Gemeinwesen eine Verfügungsmacht darüber hat. Diese kann aufgrund eigenen Eigentums oder eines anderen eigenen dinglichen Rechts, aufgrund einer öffentlich- rechtlichen Eigentumseinschränkung oder aufgrund des Einverständnisses der privaten Eigentümerin gegeben sein (vgl. IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 116 B III; PVG 1986 Nr. 12). Es ist vorliegend wohl ausgeschlossen, dass die verfügende Behörde aufgrund der rechtskräftigen ersten Phase diese Verfügungsmacht besitzt, da die verfügende Behörde die Linienführung im Flachmoor der Beschwerdeführerin erst nach der ersten Phase, nämlich im Rahmen der Öffentlicherklärung, beschlossen hat. Vorher war der Wanderweg auf der Strasse am nördlichen Rand der Parzelle der Beschwerdeführerin vorgesehen.

Es erscheint fraglich, ob die verfügende Behörde die Linienführung erst in der zweiten Phase überhaupt derart abweichend von der ursprünglichen Lösung hätte festlegen dürfen. Die Beschwerdeführerin hat jedenfalls keine Zustimmung zu einer solchen neuen Linienführung gegeben. Damit ist keine Verfügungsmacht der verfügenden Behörde zur Öffentlicherklärung ersichtlich. Schon aus diesem Grund wäre die Beschwerde wohl zu schützen gewesen. Diese Frage kann aber offenbleiben, da eine Linienführung wie nun geplant 1 m innerhalb des Flachmoors der Beschwerdeführerin ohnehin unzulässig ist, wie zu zeigen sein wird.

(...) 5. Die Beschwerdeführerin argumentiert sinngemäss, die Öffentlicherklärung mit einer Breite des Wanderwegs von 1 m innerhalb ihrer Parzelle verletze ihr Eigentum, indem sich die Wanderinnen und Wanderer über das empfindliche Flachmoor bewegten und dieses beschädigten. Damit ist gleichzeitig die Rüge erhoben, es werde Bundesrecht verletzt, nämlich die Bundesverfassung, das Natur- und Heimatschutzgesetz und die Flachmoorverordnung. Diese Rügen sind in der zweiten Phase zulässig und näher zu prüfen. Die Beschwerdeführerin hat diese Rügen nicht verspätet erhoben, weil die Linienführung bei der Publikation der ersten Phase im Jahr 2000 noch gar nicht so vorgesehen war wie jetzt. 6. Sowohl die Moore als auch die Fuss- und Wanderwege haben Aufnahme in die Bundesverfassung gefunden. Gemäss Art. 78 Abs. 5 BV sind Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung geschützt. Es dürfen nach dieser Bestimmung darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden, ausgenommen Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen.

## **E. 22**

Nach Art. 88 BV legt der Bund Grundsätze über Fuss- und Wanderwegnetze fest. Er kann Massnahmen der Kantone zur Anlage und Erhaltung solcher Netze unterstützen und koordinieren. Er nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf Fuss- und Wanderwegnetze und ersetzt Wege, die er aufheben muss.

Schon auf Verfassungsstufe zeigt sich, dass dem Schutz der Moorlandschaften der Vorrang gebührt. Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung geniessen verfassungsrechtlich nach wie vor praktisch absoluten Schutz (TRÖSCH, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 12 zu Art. 78 m.Hinw.). Es stellt sich daher die Frage, ob eine Interessenabwägung überhaupt noch möglich ist. Nach Art. 23d Abs. 1 NHG sind Gestaltung und Nutzung von Moorlandschaften nur zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht

widersprechen. Darunter sind gemäss Art. 23d Abs. 2 NHG insbesondere die land- und forstwirtschaftliche Nutzung, der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen sowie Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen zu verstehen. Eine Interessenabwägung gegenüber dem verfassungsmässig vorgesehenen Veränderungsverbot im Einzelfall kommt darüber hinaus grundsätzlich nicht in Frage; vielmehr sind diesbezüglich Interessenabwägung und Verhältnismässigkeit bereits in der abstrakten Rechtsnorm auf Verfassungsebene entschieden worden (vgl. auch BVR 2000, S. 413).

Demgegenüber begründet Art. 88 BV kein verfassungsmässiges Recht auf das Angebot von Fuss- und Wanderwegnetzen und deren Benützung (LENDI, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 15 zu Art. 88). Hinzu kommt, dass nationale Moorlandschaftsinventare im Stufenbau von Recht und Planung klarerweise über den Richt- und Nutzungsplänen der Kantone und der Bezirke bzw. Gemeinden stehen und diesen im Sinne der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vorgehen (vgl. MARTI, Bundesinventare - Eigenständige Schutz- und Planungsinstrumente des Natur- und Heimatschutzes, URP 2005, S. 637). 7. Bei der Planung von Wanderwegen sind die Interessen des Natur- und Heimatschutzes zu berücksichtigen (Art. 9 FWG; Botschaft FWG, BBl 1983 IV, S. 9). In Naturschutzgebieten ist sicherzustellen, dass die Belastungen gesamthaft möglichst gering bleiben und die Schutzziele auch langfristig nicht gefährdet werden (Botschaft, S. 9). Gemäss Art. 6 NHG sind Moore in Inventaren von nationaler Bedeutung ungeschmälert zu erhalten. Derselbe Grundsatz findet sich auch in Art. 4 FMV für Flachmoore. Durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG). Formell handelt es sich bei den Bundesinventaren nach Art. 5 ff. zwar um Rechtsverordnungen des Bundes, funktional aber um Konzepte bzw. Sachpläne des Bundes nach Art. 13 RPG (vgl. MARTI, a.a.O., S. 633).

## **E. 23**

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. 1 FMV stellen die Kantone sicher, dass Flachmoore vor dauernden Schäden durch Trittbelastung geschützt werden. Nach Art. 5 Abs. 2 lit. m FMV müssen touristische und Erholungsnutzung mit dem Schutzziel im Einklang stehen. Nach Art. 23c Abs. 1 NHG gilt als allgemeines Schutzziel die Erhaltung der natürlichen und kulturellen Eigenheiten der Moorlandschaften, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen. Nach Art. 23c Abs. 2 NHG setzen die Kantone die Schutzziele durch und treffen die zweckmässigen Schutz- und Unterhaltsmassnahmen. Die formelle und materielle Koordination aller relevanten Vorschriften, unter anderem auch der Erlasse zum Moorschutz, ist im Rahmen der beiden Phasen der Fuss- und Wanderwegnetzplanung sicherzustellen, ebenso die Interessenabwägung. 8. Sofern man im vorliegenden Fall eine Interessenabwägung überhaupt als zulässig erachtet, fällt sie zugunsten der Beschwerdeführerin aus. Das Betreten von Mooren kann je nach Nutzungsintensität, Nutzungshäufigkeit und Nutzungszeitpunkt eine unzulässige Bodenveränderung darstellen, wobei einzelne Wanderinnen und Wanderer dafür wohl noch nicht ohne

Weiteres genügen (vgl. WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, BR 1994, S. 98). Vorliegend stehen die touristischen Interessen an der Benützung des Barfusswanderwegs im Moorgelände den öffentlichen Interessen an einem uneingeschränkten Schutz des Flachmoors der Beschwerdeführerin gegenüber. Der Barfusswanderweg wird während der Wandersaison von sehr vielen Wandrerinnen und Wanderern begangen. Entsprechend gross sind die Schäden, die bereits im Flachmoor der Beschwerdeführerin entstanden sind, obwohl der Weg noch gar nicht rechtskräftig als öffentlich erklärt worden ist. Ob durch die Öffentlicherklärung die Nutzung eines Weges noch intensiver wird, war in der Diskussion im Grossen Rat umstritten (vgl. Protokoll 2. Lesung, S. 56).

Diese Schäden zeigten sich auch am gerichtlichen Augenschein, als die Wandersaison bereits vorbei war. Es hat sich erwiesen, dass das Betreten des Flachmoors in einer Breite von 1 m südlich der bestehenden Strasse durch die vielen (Barfuss-) Wandrerinnen und -wanderer dem Flachmoor erheblichen Schaden zufügt, was sich nicht mit dem bundesrechtlich geforderten Moorschutz verträgt. Die Öffentlicherklärung des von den Vorinstanzen vorgesehenen Wanderwegs mit einer Breite von 1 m innerhalb des Flachmoors verletzt vor dem Hintergrund der dargestellten bundesrechtlichen Normen das Eigentum der Beschwerdeführerin übermässig und ist daher unzulässig. Die Vorinstanzen haben damit ihr Ermessen eindeutig überschritten. (Kantonsgericht, Urteil V 12/07 vom 6. November 2007)

Grundstückgewinnsteuer; Abzug von Eigenkapitalzinsen (Art. 108 StG) (...) 6. Die zweite Rüge des Beschwerdeführers betrifft den Abzug von Zinsen auf dem Eigenkapital. Der Beschwerdeführer glaubt, es liege eine abzugsfähige Eigenleistung vor. Nach Art. 108 Abs. 1 lit. c StG sind durch eigene Arbeitsleistung geschaffene Mehrwerte als Aufwendungen bei der Grundstückgewinnsteuer anrechenbar, soweit diese mit der Einkommenssteuer erfasst wurden oder wer-

#### **E. 24**

den. Nach Art. 108 Abs. 2 lit. d StG sind Schuldzinsen als Aufwendungen anrechenbar, soweit sie als Anlagekosten gelten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Abzug nicht vorgesehen. Aus den Materialien ergibt sich nichts Anderes.

Auch eine systematische und teleologische Gesetzesinterpretation führt zum gleichen Ergebnis. Der Gesetzgeber hat in Art. 108 Abs. 1 StG anrechenbare Aufwendungen aufgezählt, denen gemeinsam ist, dass sie effektive Auslagen, d.h. tatsächlich geleistete Zahlungen an Dritte sind, mit Ausnahme der gesetzlich vorgesehenen Anrechnung des Werts für Eigenarbeit. Unter diese Aufwendungen fallen auch Schuldzinsen, sofern sie nicht schon bei der Einkommenssteuer abgezogen worden sind. Anders verhält es sich hingegen bei den Eigenkapitalzinsen.

Investiert ein Steuerpflichtiger Eigenkapital in ein Grundstück, das er später mit Gewinn verkauft, trägt er zwar zur Wertschöpfung bei, ohne dass er einem Dritten für den Einsatz der Mittel ein Entgelt leisten müsste; er entzieht das investierte Kapital vorläufig aber auch einer gewinnbringenden Anlage. Diese Gewinneinbusse will der Beschwerdeführer bei der Grundstückgewinnsteuer als Vermögensgewinnsteuer als Anlagekosten abziehen; gleichzeitig müsste man diese Gewinneinbusse konsequenterweise einkommenssteuerrechtlich wie eine fiktive Zahlung eines Entgelts an den Beschwerdeführer selbst für das Zurverfügungstellen von Kapital berücksichtigen. Im

Einkommenssteuerrecht ist für imaginäre Zahlungen eines Steuerpflichtigen an sich selbst jedoch kein Raum. Zudem liefe dieses Vorgehen dem Realisations- und Periodizitätsprinzip zuwider, da einerseits in den dem Liegenschaftsverkauf vorangehenden Steuerperioden unter dem Titel Eigenkapitalzins kein Einkommen realisiert werden konnte und andererseits der beim Grundstücksverkauf auf einmal anfallende Eigenkapitalzins nicht ohne gesetzliche Grundlage gesamthaft einer einzigen Periode zugerechnet werden darf. Über den im Verkaufspreis einkalkulierten und auf den Käufer überwälzten Eigenkapitalzins ist daher systemkonform als Vermögensgewinn im Rahmen der Grundstückgewinnsteuer abzurechnen.

Zu diesem Schluss ist auch das Verwaltungsgericht Bern im Fall einer Privatperson gelangt (vgl. BVR 1978, S. 129 ff.). Im Fall einer juristischen Person ist das Bundesgericht im Urteil 2P.38/1996 (=Pra 1998 Nr. 147) ebenfalls zum Schluss gekommen, dass die Verweigerung des Abzugs von Eigenkapitalzinsen bei der Grundstückgewinnsteuerberechnung weder gegen die Rechtsgleichheit noch das Willkürverbot, noch die Handels- und Gewerbefreiheit, den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und die Eigentumsgarantie verstösst. Das Bundesgericht führte in diesem Urteil an, Eigenkapitalzinsen stellten keine effektiven Kosten dar, sondern würden bloss kalkulatorisch im Rahmen der Kostenrechnung, nicht aber in der Bilanz der juristischen Person veranschlagt. Sie verminderten weder das Einkommen noch den Grundstückgewinn. Kalkulatorische Eigenkapitalzinsen könnten somit nicht zu den Herstellungskosten gerechnet werden. Das Bundesgericht hielt weiter fest, Eigenkapitalzinsen stellten keinen effektiv abzugelenden Aufwand dar und könnten deshalb ohne Verletzung des Willkürverbots anders als tatsächlich erbrachte Eigenleistungen, z.B. in Form von Arbeit, behandelt werden. Dies übersieht der Beschwerdeführer, wenn er Präjudizien aus dem Kanton St.Gallen zitiert. Die dortigen Fälle betrafen Eigenleistungen in Form von Arbeit, die dann

## **E. 25**

entsprechend bei der Einkommenssteuer zu berücksichtigen waren.

Das Bundesgericht erwog im zitierten Urteil weiter, es sei verfassungskonform, wenn Sachverhalte, die sich rechtswesentlich unterschieden, auch unterschiedliche Steuerfolgen zeitigten. Beim Einsatz eigener Mittel habe die steuerpflichtige Person anders als beim Einsatz von Fremdkapital mit Zinspflicht keinen effektiven Zinsaufwand, auch wenn die Verwendung von Eigenmitteln bei der Kostenrechnung richtigerweise zu berücksichtigen sei. Steuerpflichtige, welche die Baukosten selbst finanzierten, hätten eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als solche, welche die Baukosten ganz oder teilweise fremdfinanzierten und dafür Baukreditzinsen zahlten. Dieser rechtswesentliche Unterschied rechtfertige es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots und der Handels- und Gewerbefreiheit, den Abzug von Eigenkapitalzinsen bei der Grundstückgewinnsteuerberechnung zu verweigern. Eigenfinanzierende Steuerpflichtige erzielten nicht bloss fiktiv, sondern tatsächlich höhere Gewinne als fremdfinanzierende, da bei ihnen kein oder weniger Zinsaufwand für Fremdkapital anfalle.

Art. 12 Abs. 1 StHG schliesslich schreibt den Kantonen in dieser Hinsicht nichts vor. Bezüglich des Begriffs Anlagekosten bzw. wertvermehrende Aufwendungen, die vom Verkaufserlös abgezogen werden können, hat der Bundesgesetzgeber dem kantonalen Gesetzgeber bewusst einen recht weiten Handlungsspielraum zugestanden (ZWAHLEN,

Basler Kommentar zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Basel 2002, N 56 zu Art. 12). (Kantonsgericht, Urteil V 14/07 vom 6. November 2007)

Honorarnote; gerichtliche Prüfung; Gebotenheit des Aufwands; nachprozessualer Aufwand (Art. 19 und 25 AnwHV) (...) 5. Nach Art. 19 Abs. 3 AnwHV fällt unnötiger Aufwand ausser Betracht. Als geboten gilt der Zeitaufwand, den ein fachlich ausgewiesener und gewissenhafter Anwalt unter Berücksichtigung der Bedeutung der Sache und des Schwierigkeitsgrads der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse für die korrekte Erledigung des Geschäfts benötigt (STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, N 3b zu Art. 4 Anhang 2). Der Gegenseite dürfen nur kausale Parteikosten auferlegt werden (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 2b zu Art. 263; HIRT, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St.Gallen 2004, S. 190; WEBER, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Zürich 1990, S. 27). Wenn ein Anwalt beigezogen wird, sind nur jene Kosten ersatzfähig, die objektiv der Interessenwahrung gedient haben (HIRT, a.a.O., S. 191). Im weitesten Sinn seelsorgerische Betreuung der Klientin und ausserprozessuale Aufgaben bzw. nur indirekt durch den Prozess verursachte Kosten, z.B. Verkehr mit Vormundschaftsbehörden, dürfen der Gegenseite nicht belastet werden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 68 N 12; HIRT, a.a.O., S. 190; WEBER, a.a.O.,

## **E. 26**

S. 68; STERCHI, a.a.O., N 3e zu Art. 4 Anhang 2; GVP 1992 Nr. 58).

Der Anwalt ist gehalten, den Aufwand auch im Interesse der Klientin in vernünftigen Grenzen zu halten und sachlich nicht gerechtfertigte Beanspruchungen durch sie abzulehnen (STERCHI, a.a.O., N 3d zu Art. 4 Anhang 2). Aus dem Wesen der Prozessentschädigung folgt, dass nur Kosten entschädigt werden sollen, die direkt aus der Prozessführung erwachsen sind und notwendig sowie angemessen sind (WEBER, a.a.O., S. 27). 6. Bei der Prüfung einer Kostennote hat das Gericht ein weites Ermessen (BGE 122 I 1 Erw. 3a S. 2). Das Gericht geht bei der Prüfung der Kostennote vom Aufwand aus, den es aufgrund der Aktenlage abschätzen kann (BGE 111 Ia 1 Erw. 2a S. 1). An das Erfordernis der genügenden Prüfbarkeit von Honorarnoten sind schon aufgrund des Anwaltsgeheimnisses in der Regel relativ geringe Anforderungen zu stellen (GVP 2001 Nr. 81). Weicht das Gericht von der Kostennote des Anwalts ab, braucht dieser in der Regel nicht noch einmal angehört zu werden; eine solche Abweichung muss im Übrigen nur summarisch begründet werden, solange das Gericht nicht den Rahmen des Anwaltsgebührentarifs überschreitet oder sich über Vorbringen hinwegsetzt, mit denen der Anwalt einen ausserordentlichen Aufwand dartut (GVP 1992 Nr. 58 Erw. 1). 7. Auszugehen ist vorliegend zunächst davon, dass die erstinstanzlich auf der Grundlage der Anwaltshonorarverordnung festgesetzte ausseramtliche Entschädigung durch den Rückzug der Berufung in Rechtskraft erwachsen ist. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AnwHV bindet die Honorarordnung den Rechtsanwalt. Dies bedeutet, dass der Rechtsanwalt seiner Klientin keinen anderen unmittelbar mit dem Gerichtsverfahren in Zusammenhang stehenden Aufwand in Rechnung stellen kann, als er durch das Gericht zugesprochen erhalten hat. Die zugesprochenen Parteikosten binden den Rechtsanwalt gemäss Art. 2 Abs. 2 AnwHV nur dann nicht, wenn das Gesetz keine volle Entschädigung vorsieht. Dies

ist vorliegend nicht der Fall.

Rechtsanwalt A machte in seiner erstinstanzlichen Kostennote keinen Aufwand für die Zeit nach der Hauptverhandlung geltend. Hingegen tat er dies in seiner Kostennote im Berufungsverfahren. Es ist zu prüfen, ob dies zulässig ist. Aus Sicht des erstinstanzlichen Verfahrens liegt nachprozessualer Aufwand vor, aus Sicht des Berufungsverfahrens vorprozessualer Aufwand. Das Berufungsverfahren beginnt mit der Einreichung der Berufungsschrift.

Nach Art. 25 lit. a AnwHV schliesst das Honorar im Hauptverfahren im Zivilprozess die vorprozessualen Bemühungen ein. Hier muss nun differenziert werden, ob der Anwalt seine Honorarnote nach Zeitaufwand oder pauschal erstellt. Bei einem Pauschalhonorar ist der Aufwand für vorprozessuale Aufwände aufgrund dieser Vorschrift inbegriffen. Ebenso ist in einem Pauschalhonorar der Aufwand für das Studium des Urteils und die Prüfung von Rechtsmitteln enthalten (STERCHI, a.a.O., N 1c zu Art. 10 Anhang 2).

Bei einer Abrechnung nach Zeitaufwand hingegen bedeutet Art. 25 lit. a AnwHV, dass grundsätzlich auch vorprozessuale Bemühungen geltend gemacht werden können, wobei für ihre Anerkennung das Erfordernis der Gebotenheit zu prüfen ist. Die Bestimmung von Art. 25 lit. a AnwHV bezieht sich vom

## **E. 27**

Wortlaut her primär auf erstinstanzliche Verfahren. Sie muss auf Berufungsverfahren aber sinngemäss angewandt werden können. Dies bedeutet, dass für Aufwand, der seit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bis zum Eingang der Berufung beim Kantonsgericht geltend gemacht wird, vom Kantonsgericht geprüft werden muss, ob er geboten war und damit entschädigungsberechtigt ist. Dass das Kantonsgericht befugt sein muss, über diesen Aufwand zu befinden, zeigt sich auch darin, dass der Gesetzgeber statuiert hat, dass die Kosten für die Ausfertigung des begründeten erstinstanzlichen Urteils nach der Anmeldung der Berufung mit den Kosten des Berufungsverfahrens verlegt werden, wenn Berufung erhoben wird (Art. 121 Abs. 3 ZPO). Sinngemäss muss das Kantonsgericht auch für die Verlegung der ausseramtlichen Kosten dieser Periode zuständig sein. (Kantonsgericht, Beschluss K 4/06 vom 6. März 2007)

Ermächtigungsverfahren; Anwendbarkeit auf Mitglieder der Standeskommission (Art. 9 Abs. 2 lit. a StPO) (...) 2. Sowohl in Art. 4 Abs. 3 als auch in Art. 9 Abs. 2 lit. a StPO ist von Beamten und Angestellten die Rede. Zu prüfen ist, ob das Ermächtigungsverfahren auch anzuwenden ist bei Mitgliedern der Standeskommission. Der Gesuchsgegner ist in seiner Eigenschaft als Mitglied der Standeskommission ein Behördenmitglied. Dies ergibt sich schon aus Art. 1 Abs. 2 der kantonalen Behördenverordnung, wonach die Mitglieder der Standeskommission, des Grossen Rates, der Gerichte, ständiger und nicht ständiger kantonaler Kommissionen sowie die Vermittler als Behördenmitglieder gelten.

Der Begriff des Behördenmitglieds fehlt in Art. 4 Abs. 3 und 9 Abs. 2 lit. a StPO. Hingegen findet sich in der Strafprozessordnung noch eine weitere Bestimmung, in der die Mitglieder der Regierung ausdrücklich genannt sind. Gemäss Art. 167 StPO können Mitglieder des Grossen Rates und der Standeskommission wegen Äusserungen im Grossen Rat nur strafrechtlich verfolgt werden, wenn zwei Drittel seiner Mitglieder dazu die Ermächtigung erteilen. Weitere einschlägige Normen finden sich in der kantonalen Gesetzgebung nicht, insbesondere nicht in der Kantonsverfassung.

Unter Beamten versteht die Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 4 StGB Beamte und Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege. Als Beamte gelten gemäss dieser Bestimmung auch Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder angestellt sind oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Der Begriff Behördenmitglied fehlt in dieser Norm ebenfalls.

Die grammatikalische Interpretation der genannten Bestimmungen spricht eher dafür, dass Behördenmitglieder nicht in den Schutzbereich des Ermächtungsverfahrens fallen, weil der Begriff nirgends erwähnt ist. Die für die historische Interpretation konsultierten Materialien liefern keinen Hinweis. Es kann aber festgestellt werden, dass der kantonale Gesetzgeber für den Bereich der Verhandlungen im Grossen Rat sowohl für die Parlamentarier selbst als auch

## **E. 28**

für die mit beratender Stimme und Antragsrecht daran teilnehmenden Mitglieder der Standeskommission eine parlamentarische Immunität schaffen wollte. Dies zeigt Art. 2 des Geschäftsreglements des Grossen Rates, wonach die parlamentarische Immunität im Rahmen der Bestimmungen der kantonalen Strafprozessordnung (Art. 167 StPO) gewährleistet ist. Diese Sonderregelung darf allerdings nicht dazu führen, im Sinne der systematischen Interpretation von einer abschliessenden Regelung auszugehen. Entscheidend ist vielmehr die teleologische Interpretation.

Jedes Mitglied einer Behörde ist Inhaber eines öffentlichen Amtes. Der Beamtenbegriff in Art. 110 Ziff. 4 StGB umfasst alle Inhaber eines öffentlichen Amtes, sofern sie nicht nur durch ein in bestimmter Hinsicht jedermann erfassendes Gesetz berufen worden sind und sofern sie nicht nur mit einer dem Kreis öffentlich-rechtlicher Aufgaben der Legislative zugehörenden Tätigkeit betraut sind (SIEBER, Der Begriff des Beamten im schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 1966, S. 81). Aus der Tatsache, dass das Strafgesetzbuch in Straftatbeständen wie z.B. Art. 312 (Amtsmissbrauch) die beiden Begriffe „Beamter“ und „Mitglied einer Behörde“ nebeneinander verwendet, darf jedenfalls nicht gefolgert werden, dass sie sich gegenseitig ausschliessen. Sowohl Beamte als auch Mitglieder einer Behörde nehmen öffentlich-rechtliche Aufgaben für das Gemeinwesen wahr. Anders als das Behördenmitglied steht der Beamte jedoch tendenziell in einer gewissen Abhängigkeit zum Gemeinwesen (DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, Zürich 2004, S. 306; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 2000, § 57 N 7).

Unter Art. 110 Ziff. 4 StGB fallen deshalb grundsätzlich alle Organe des Gemeinwesens, welche die Staats- und Verwaltungsorganisation nach aussen repräsentieren (OBERHOLZER, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 10 zu Art. 110). Einerseits möchte der Gesetzgeber mit dem Ermächtungsverfahren durch den Schutz von Beamten und Behördenmitgliedern vor unbegründeten, insbesondere trölerischen oder mutwilligen Strafanzeigen den reibungslosen Gang der Verwaltung sicherstellen (BGE 111 IV 37 Erw. 2b S. 39). Andererseits ist aber auch der Schutz der Person im öffentlichen Dienst selbst wichtig (BGE 111 IV 37 Erw. 2b S. 39). Diese Zweckgedanken müssen um so mehr für die Mitglieder einer Regierung gelten, die durch ihre Tätigkeit besonders exponiert sind. Es kann nicht sein, dass gerade sie gegenüber querschnittlichen Strafanzeigen im Gegensatz zu Beamten und Angestellten schutzlos dastehen. Es ist deshalb im Ergebnis aufgrund einer teleologischen Interpretation das

Ermächtigungsverfahren auch auf Behördenmitglieder und somit auf den Gesuchsgegner anzuwenden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass an die Eröffnung eines Strafverfahrens – gerade auch gegen ein Behördenmitglied – nur deshalb erhöhte Anforderungen gestellt werden dürfen, weil die beschuldigte Person sich in einem Sondersta- tusverhältnis zum Staat befindet. Vielmehr soll durch die Sonderzuständigkeit auch die Gleichbehandlung gegenüber anderen Verdächtigen gewährleistet werden, da es unteren Organen der Strafrechtspflege angesichts der engen Zusammenarbeit bisweilen schwer fällt, die aus Gründen der Rechtsgleichheit geforderte Objektivität zu wahren (vgl. GVP 1987 Nr. 56). (kantonsgerichtliche Kommission für Entscheide in Strafsachen, Entscheid KSE 6/06

## **E. 29**

vom 3. Oktober 2006; mit Bundesgerichtsurteil 1P.76/2007 bestätigt)

Mitwirkung des Erbschaftsamts an Versteigerung unter Erbinnen (Art. 609 Abs. 2 ZGB) (... ) 2. Ausgangspunkt ist Art. 609 ZGB. Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat oder der gegen ihn Verlustscheine besitzt, hat die zuständige Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken (Abs. 1). Diese Konstellation ist vorliegend nicht gegeben.

Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, noch für weitere Fälle eine amtliche Mitwirkung bei der Teilung vorzusehen (Abs. 2). Das kantonale Einfüh- rungsgesetz zum ZGB sieht indessen keine weiteren solchen Fälle vor. Die ein- zige Regel zur Erbteilung befindet sich in Art. 83 EG ZGB. Dort wird für gewisse Gegenstände des Nachlasses festgelegt, was die Söhne und was die Töchter als Ausdruck des Ortsgebrauchs zugewiesen erhalten.

Für öffentliche Grundstück- und Zeddelversteigerungen ist gemäss Art. 188 Abs. 1 EG ZGB der Grundbuchverwalter zuständig. Vorliegend geht es aber ge- rade nicht um eine öffentliche, sondern um eine interne Versteigerung unter den Erbinnen. Bei landwirtschaftlichen Gewerben ist wegen Art. 69 BGG (Verbot der freiwilligen Versteigerung) nur eine interne Versteigerung unter den Erbin- nen zulässig (vgl. BANDLI u.a., Kommentar zum BGG, Brugg 1995, N 12 zu Art. 67-69). Aus diesem Grund ist auch Art. 612 Abs. 3 ZGB nicht anwendbar. In diesem Fall muss nämlich die zuständige Erbschaftsbehörde bei Uneinigkeit der Erbinnen über die Art der Versteigerung (öffentlich oder nur unter den Er- binnen) nicht nur die Art der Versteigerung festlegen, sondern zusätzlich die Versteigerung leiten (SCHAUFELBERGER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2003, N 14 zu Art. 612 ZGB). 3. Es ist als Zwischenergebnis somit festzuhalten, dass es keine gesetzliche Grundlage gibt, welche das Erbschaftsamt verpflichten würde, die von den Be- schwerdeführerinnen verlangte Versteigerung zu leiten. Daran ändert die Tat- sache nichts, dass die Beschwerdeführerinnen vor Vermittleramt genau dies vereinbart haben. Nur wo das kantonale Recht es nämlich zulässt, kann mit ei- ner Erbteilungsklage vor Vermittler bzw. vor Gericht der Antrag auf Mitwirkung der zuständigen kantonalen Behörde bei der Teilung gestellt werden (ESCHER, Zürcher Kommentar, Zürich 1960, N 5a zu Art. 604 ZGB). Das Erbschaftsamt ist deshalb aufgrund des Vergleichs vor Vermittleramt nicht verpflichtet, die zweite Versteigerung zu leiten. Der Vermittler und das Gericht können nicht ei- ne Behörde mit einer Aufgabe betrauen, die sie nicht nach Gesetz erfüllen muss, wenn diese Behörde damit nicht einverstanden ist. In einem solchen Fall muss deshalb vorgängig zum Abschluss des Vergleichs und zur Abschreibung des Verfahrens vom Protokoll das Einverständnis der

betroffenen Behörde ein- geholt werden, was vorliegend nicht geschehen ist. 4. Genauer zu prüfen ist noch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, es

### **E. 30**

bestehe eine jahrelange Praxis, dass die Gerichte des Kantons Appenzell I.Rh. das Erbschaftsamt mit der Leitung einer Versteigerung im Rahmen eines Erb- teilungsprozesses betrauen. Diese Praxis sei Gewohnheitsrecht und ersetze ei- ne entsprechende gesetzliche Regelung.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen ihre Behauptung nicht belegen. Sie verweisen lediglich auf die Gerichtsnotorietät. Die Nachfor- schung der angerufenen Kommission in den Erbteilungsverfahren bis in die 50er Jahre zurück hat ergeben, dass keine solchen Anordnungen getroffen worden sind. Aber selbst wenn eine solche Praxis des Erbschaftsamts bestün- de, würde diese noch nicht automatisch lückenfüllendes Gewohnheitsrecht dar- stellen. Es braucht dazu nämlich noch eine Rechtsüberzeugung der rechtsan- wendenden Behörde und der vom angewendeten Grundsatz Betroffenen, das Bestehen einer echten Lücke im Gesetz und das unabweisliche Bedürfnis, die- se zu füllen (IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Basel 1976, Nr. 7 B II m.w.Hinw.).

Dass beim Erbschaftsamt keine entsprechende Rechtsüberzeugung vorhanden ist, zeigt seine ablehnende Reaktion auf das Gesuch der Beschwerdeführerinnen. Zudem ist wie gezeigt von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzge- bers auszugehen. Wenn der Gesetzgeber aber qualifiziert geschwiegen hat, liegt gar keine Lücke vor, die z.B. durch Gewohnheitsrecht zu füllen wäre (MEI- ER-HAYOZ, Berner Kommentar, Bern 1962, N 244 zu Art. 1 ZGB).

Schliesslich wäre in einem Fall wie dem vorliegenden auch kein unabweisliches Bedürfnis ersichtlich, eine Lücke zu füllen. Da ein vor Vermittler abgeschlosse- ner Erbteilungsvertrag vorhanden ist, genügt nunmehr – im Gegensatz zur Si- tuation der Beschwerdeführerinnen vor Abschluss dieses Vergleichs - für den Eintrag der durch die Versteigerung gefundenen neuen Alleineigentümerin ins Grundbuch, dass ein Steigerungsprotokoll mit der Unterschrift des Protokollfüh- rers vorhanden ist; dies gilt deshalb, weil es um einen Akt der Erbteilung geht (vgl. Bundesgerichtsurteil 5C.14/2002 Erw. 3b; SCHMID, Die Grundstückverstei- gerung, in: Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, N 28, 37, 38 zu § 10). Dabei finden für die interne Versteigerung unter den Erbinnen die Sonderbestimmun- gen von Art. 229 ff. OR keine Anwendung (vgl. Bundesgerichtsurteil 5C.14/2002 Erw. 3b; RUOSS, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Basel 2003, N 16 vor Art. 229-236). Theoretisch könnte sogar eine der Beschwerdeführerinnen Pro- tokollführerin sein, was allerdings wenig Sinn machen dürfte. Jedenfalls kann ohne Weiteres einer der beteiligten Rechtsvertreter diese Aufgabe überneh- men. Die Mitwirkung des Erbschaftsamts ist weder gesetzlich vorgesehen noch notwendig, womit es den Beschwerdeführerinnen am notwendigen Rechts- schutzinteresse fehlt.

Sinnvoll erscheint es im Hinblick auf den grundbuchlichen Vollzug, vorgängig mit dem zuständigen Grundbuchverwalter zu besprechen, was in das Steige- rungsprotokoll aufzunehmen ist (Zuschlagspreis, Erwerberin, Kaufpreistilgung usw.).

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, wenn nicht ein entspre- chendes Gewohnheitsrecht bestehe, dann wenigstens eine entsprechende Ü- berlieferung. Diese Argumentation geht ebenfalls fehl. Überlieferung im Sinne

### **E. 31**

von Art. 1 Abs. 3 ZGB bedeutet in erster Linie die Praxis der Gerichte, aber auch die Praxis der Behörden (vgl. MEYER-HAYOZ, a.a.O., N 467, 471 zu Art. 1 ZGB). Aufgrund des Gesagten ergibt sich ohne Weiteres, dass keine entsprechende Überlieferung im Kanton Appenzell I.Rh. besteht. (Kantonsgerichtliche Kommission für Beschwerden auf dem Gebiet des ZGB, Urteil KZB 3/06 vom 12. Dezember 2006)

Ausstand eines Richters wegen Äusserungen an einer Vergleichsverhandlung (Art. 29 GOG) (...) 5. Richter treten auch in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen als Verwandtschaft, Schwägerschaft, Mitwirkung in anderer Instanz in gleicher Sache oder besonderer Nähe zu Parteien oder Streitgegenstand befangen erscheinen (Art. 29 Abs. 1 lit. d GOG).

Jede Partei hat nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unvoreingenommenen, unbefangenen Richter beurteilt wird, der Gewähr für eine unparteiische Beurteilung der Streitsache bietet. Befangenheit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass er tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch verfahrensorganisatorische Aspekte gehören, begründet sein. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann allerdings nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen in den Richter muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 114 Ia 50 Erw. 3b S. 54 f.; Bundesgerichtsurteil 2A.98/2004 Erw. 3.2). Zu beachten ist nämlich in diesem Zusammenhang auch, dass eine unrichtige Besetzung gegeben ist, wenn ein Richter zu Unrecht in den Ausstand tritt (BGE 108 Ia 48 Erw. 1 S. 50). 6. Nach Art. 114 ZPO kann der Richter während des Prozesses jederzeit versuchen, eine Verständigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Es ist vom Grundsatz auszugehen, dass es dem Richter im Verlauf des Verfahrens ohne Weiteres gestattet ist, den Parteien einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten (vgl. auch BGE 114 Ia 153 Erw. 3b cc S. 162). Im Interesse einer einvernehmlichen Streitbeilegung ist ein solches Vorgehen durchaus geboten. Es versteht sich von selbst, dass es im Rahmen von Vergleichsgesprächen unumgänglich ist, dass der Richter bereits vor dem Abschluss des Verfahrens zum Fall Stellung nimmt und dabei seine aufgrund des Verfahrensstadiums vorläufig gebildete Meinung offenlegt. Es ist klar, dass sich weder der Richter noch die Parteien auf einen vollständig ermittelten Sachverhalt stützen können und die während

### **E. 32**

Vergleichsgesprächen geäusserten Vorschläge unpräjudiziell sind. Sofern nicht deutliche, anderslautende Anzeichen vorhanden sind, darf und muss eine Partei davon ausgehen, dass der Richter in der Lage ist, seine Beurteilung des Falls ständig neu zu prüfen und den neuesten Erkenntnissen anzupassen.

Mit Blick auf die Garantie richterlicher Unabhängigkeit ist dieses Vorgehen unbedenklich, wenn die Gewähr besteht, dass der Richter seine tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen als vorläufig anerkennt. Dies drückt sich schon darin aus, dass Vergleichsverhandlungen keinen strengen prozessualen Formen unterliegen. Weil keiner der Beteiligten später auf dem Gesagten behaftet werden soll, wird diese Phase des Verfahrens auch nicht protokolliert. An der verfassungsrechtlich geforderten Offenheit des Verfahrens kann nicht gezweifelt werden, solange die Parteien die richterlichen Äusserungen und Vorschläge kommentieren und damit die abschliessende Wertung argumentativ beeinflussen können (KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 170 f. m.w.Hinw.). 7. In Lehre und Rechtsprechung werden aus diesen Gründen Äusserungen des Richters anlässlich von Vergleichsverhandlungen nur dann als Anschein von Befangenheit gewertet, wenn seine Ansichten völlig haltlos und unbegründet sind (vgl. ZR 1990 Nr. 116 Erw. 3a) oder wenn er einen Parteistandpunkt mit unsachlichen Argumenten beurteilt bzw. aus sachfremden Überlegungen zu einem Vergleichsvorschlag gelangt (vgl. LEBRECHT, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 1990, S. 301); weiter, wenn er die Streitsache ausserhalb des Verfahrens mit einer Partei bespricht oder einer Partei Vorteile durch Hinweise oder Zusicherungen erwirken möchte (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 5a N 14; Urteil PK.2000.00001 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 26. Januar 2001, Erw. 2c). Blosser Rechtsbelehrungen und die Beurteilung der Prozessaussichten in Vergleichsverhandlungen begründen nicht den Anschein von Befangenheit (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 5b zu Art. 11).

Der Gesuchsteller erhebt diese Vorwürfe indessen nicht. Er bringt lediglich vor, der Richter habe sich stark engagiert. Das starke Engagement kann dem Richter jedenfalls angesichts des Ziels einer Vergleichsverhandlung nicht zum Anschein der Befangenheit gereichen. Es verstösst gegen Treu und Glauben, wenn eine Partei den Richter nur deshalb ablehnt, weil dieser in Vergleichsgesprächen ihren Standpunkt nicht teilt oder die Prozesschancen als wenig aussichtsreich beurteilt (vgl. LEBRECHT, a.a.O., S. 301).

Ob der Richter zu Beginn der Vergleichsgespräche darauf hingewiesen hat, dass seine Auffassung vorläufig und unpräjudiziell sei, ist nicht bekannt. Das Fehlen dieses Hinweises würde für sich allein aber auch noch nicht den Anschein der Befangenheit erwecken (vgl. Urteil PK.2000.00001 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 26. Januar 2001, Erw. 2d). (Kantonsgerichtspräsident, Entscheid KE 63/06 vom 15. Januar 2007)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.