

### I. Staats- und Verwaltungsrecht

---

#### 1. Verfassung

---

**86**

*Art. 8, 15, 49 und 62 BV (SR 101); Art. 14 Abs. 3, Art. 45 und 48 VSG.* Gesuch um Dispensation vom Schwimmunterricht: Die Durchsetzung des obligatorischen Schulbesuchs als Bürgerpflicht und die Gewährleistung der verfassungsmässigen Rechte auf persönliche Freiheit sowie auf Gleichbehandlung der Geschlechter einerseits sowie das Recht auf umfassende schulische Förderung inklusive Erlernen des Schwimmens andererseits kann im Einzelfall stärker gewichtet werden als die Berücksichtigung von Religionsvorschriften.

*Erziehungsrat, 19. Mai 2005*

Sachverhalt:

A. F. besuchte im Schuljahr 2004/05 die vierte Primarklasse in X. Der Vater von A. gelangte zu Beginn des Schuljahres an den Primarschulrat und stellte das Gesuch, seine Tochter vom obligatorischen Schwimmunterricht zu dispensieren. Das Dispensationsgesuch begründete er im Wesentlichen mit dem muslimischen Glauben der Familie. Der Koran verbiete jungen Frauen, sich ohne adäquate Verhüllung in der Öffentlichkeit, insbesondere gegenüber Männern, zu zeigen. Seine Tochter würde diese religiöse Vorschrift beim koedukativen (Schwimm-) Unterricht verletzen. Der Primarschulrat wies das Gesuch ab. Der durch den Vater von A. bei der Regionalen Schulaufsicht erhobene Rekurs wurde gutgeheissen. Der unterliegende Primarschulrat X seinerseits erhob gegen den Entscheid der Regionalen Schulaufsicht Rekurs beim Erziehungsrat.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 15 Abs. 1 BV gewährleistet die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Mit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit auch

durch internationale Verpflichtung abgesichert und insoweit unmittelbar anwendbares Recht geworden. Der in Art. 9 EMRK verbriefte Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ist durch die Garantien der Bundesverfassung gedeckt (vgl. zum Ganzen: Cavelti, St.Galler Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 3 und 10).

Gemäss BGE 119 Ia 183 Erw. 4 b garantieren Art. 49 Abs. 1 aBV; heute: Art. 15 Abs. 1 BV) und Art. 9 Ziff. 1 EMRK die religiöse Überzeugung des einzelnen Menschen als selbstverantwortlichen Bereich, der vom Staat nicht angetastet werden darf. Davon erfasst werden grundsätzlich alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen bzw. zum Transzendenten. Das Glaubensbekenntnis muss allerdings eine gewisse grundsätzliche, weltanschauliche Bedeutung erlangen, somit einer Gesamtsicht der Welt entsprechen; d. h. dass mit dem Glaubensbekenntnis eine religiös fundierte, zusammenhängende Sicht grundlegender Probleme zum Ausdruck zu gelangen hat, ansonsten die Religionsfreiheit sich zu einer schwer fassbaren Allgemein- und Handlungsfreiheit erweitern würde. Unter dem Schutz der Religionsfreiheit stehen nicht nur die traditionellen Glaubensformen der christlich-abendländischen Kirchen und Religionsgemeinschaften, sondern alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz. Dazu zählt auch der Islam.

Die Religionsfreiheit garantiert nicht nur die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch die äussere Freiheit, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen innerhalb gewisser Schranken zu äussern, zu praktizieren und zu verbreiten. Dazu gehört das Recht, gemäss seinem Glauben zu leben. Damit schützt die Religionsfreiheit nicht nur die Befolgung imperativer Glaubenssätze. Auch Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine religiös motivierte Verhaltensweise zwar nicht zwingend fordern, die fragliche Reaktion aber für das angemessene Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen, fallen in ihren Schutzbereich. Vorausgesetzt wird allerdings, dass solche Verhaltensweisen unmittelbarer Ausdruck der religiösen Überzeugung sind. Insofern können auch religiös bedingte Bekleidungs Vorschriften vom Schutz der Religionsfreiheit erfasst werden. Als problematisch erweist sich allerdings die Abgrenzung der geschützten Verhaltensweisen, wenn gläubige Menschen ihr gesamtes Leben nach den Regeln ihrer Religion gestalten. Hier würde eine allzu weite Interpretation der Garantie jegliche Konturen nehmen (vgl. BGE 119 Ia 184 f.).

3. Die Glaubensansichten entbinden indessen nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten, wie etwa der Schulpflicht. Der in Art. 49 Abs. 5 aBV statuierte Vorbehalt bürgerlicher Pflichten wird in der geltenden Bundesverfassung zwar nicht mehr explizit aufgeführt; an der Rechtslage hat sich dadurch aber nichts geändert: Der Grundschulunterricht ist gemäss Art. 62 Abs. 2 BV obligatorisch. – Es besteht hingegen kein absoluter Vorrang der bürgerlichen Pflichten gegenüber der Religionsfreiheit. Nach Massgabe von Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage und müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt

sowie verhältnismässig sein. Die rechtsanwendenden Behörden sind mithin nicht davon entbunden, im Einzelfall zu prüfen, ob das Beharren auf einer Bürgerpflicht im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt bzw. ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Dies ist umso weniger der Fall, je weniger den religiösen Freiheitsrechten bei der rechtlichen Erfassung der Bürgerpflichten Rechnung getragen wurde. Die Unverhältnismässigkeit kann unter Umständen gerade in der vorbehaltlosen Anwendung einer allzu strikten Regelung begründet sein. Im Übrigen ist in der Schule die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Bundesgericht in erster Linie durch Toleranz zu gewährleisten, einem dieser Freiheit inhärenten Gebot (vgl. BGE 119 Ia 190 Erw. 7a mit Hinweisen).

a) Art. 62 BV erklärt den Grundschulunterricht für obligatorisch; es obliegt den Kantonen, für den Unterricht zu sorgen. Nach Art. 45 VSG wird jedes Kind am 1. August nach Vollendung des sechsten Altersjahres schulpflichtig, und gemäss Art. 48 VSG dauert die Schulpflicht bis zum Abschluss der dritten Oberstufenklasse. Grundlage des Unterrichts in der öffentlichen Volksschule ist der Lehrplan. Gemäss Art. 14 Abs. 3 VSG erlässt der Erziehungsrat den Lehrplan; dieser bestimmt die Unterrichtsbereiche nach Inhalt und Lektionenzahl (Art. 14 Abs. 1 Bst. a VSG). Zu den obligatorischen Fächern gemäss Lehrplan gehört auch Sport. Der Fachbereich Sport gliedert sich in verschiedene Lernbereiche, u. a. Spiel und Sport im Wasser. Der Schulunterricht wird in geschlechtergemischten Schulklassen erteilt, unter Vorbehalt begründeter und vorübergehend geschlechtergetrennter Gruppenbildung wie namentlich in den Fächern Handarbeit / Werken (teilweise) und Sport in der Oberstufe (vgl. dazu Jürg Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St. Gallen, Ein Leitfaden, Lehrmittelverlag des Kantons St. Gallen, 2005, S. 34 und 53 f.).

Beim Obligatorium des Schulbesuchs, einschliesslich der Pflicht zur Teilnahme am Schwimmen im Rahmen des Turnunterrichts, handelt es sich um eine Bürgerpflicht im eingangs erwähnten Sinn. Gemäss Art. 96 Abs. 2 VSG können die Eltern das Kind an höchstens zwei Halbtagen je Schuljahr ohne Begründung durch schriftliche Mitteilung an den Lehrer vom Unterricht befreien. Wollen die Eltern von der Möglichkeit nicht Gebrauch machen oder dauert die Abwesenheit länger als zwei Halbtage, bedarf die voraussehbare Abwesenheit der Bewilligung vgl. Art. 16 VVU. Gemäss Art. 18 der Schulordnung der Rekurrentin wird Urlaub für mehr als einen Tag vom Schulrat bewilligt. Weder das kantonale noch das kommunale Recht kennen somit eine (generelle) Befreiung vom Schwimmunterricht, wie sie im vorliegenden Fall beansprucht wird.

b) Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Schulobligatoriums ist abzuwägen gegenüber dem Interesse der Familie, ihren Glaubensvorstellungen nachleben zu können. Diese steht insoweit vor der Alternative, entweder einem staatlichen oder einem religiösen Gebot zuwider handeln zu müssen. Dadurch entsteht die Gefahr nicht nur eines Gewissenskonfliktes, sondern auch einer Auseinandersetzung zwischen Schule und Familie, unter der insbesondere das betroffene Kind leiden könnte. Erst wenn das Kindeswohl bei Befolgung der Glaubensvorschriften konkret

und massgeblich beeinträchtigt würde, wäre es gerechtfertigt, das Kindesinteresse über das Elternrecht zu stellen (vgl. BGE 117 Ia 318 Erw. 4b mit Hinweisen).

Das Schulobligatorium bezweckt, die regelmässige Vermittlung von Grundkenntnissen zu gewährleisten. Die Gleichheitsregel von Art. 4 aBV bzw. Art. 8 BV enthält bezüglich Schule sinngemäss einen Auftrag an den Staat, gemessen an den jeweiligen individuellen Fähigkeiten von den staatlichen Bildungsmöglichkeiten her eine gewisse Chancengleichheit für alle zu wahren. Art. 8 Abs. 3 BV enthält explizit den Gesetzgebungsauftrag, für die Gleichstellung von Mann und Frau, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit, zu sorgen. Diese von der Verfassung vorgegebenen Ausbildungsziele stellen gewichtige öffentliche Interessen dar (vgl. zum Ganzen BGE 119 Ia 191 f.). Der Schwimmunterricht im Besonderen bezweckt, den Schülerinnen und Schülern das Schwimmen beizubringen. Es soll nicht nur der Spass im Umgang mit dem Element Wasser vermittelt werden, sondern die Schülerinnen und Schüler sollen mit dem Wasser vertraut gemacht und es soll dazu beigetragen werden, Ertrinkungsunfälle mangels Schwimmkenntnisse zu verhindern.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Schule ihre Leistungen nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Schülerinnen und Schüler erbringt. Die dabei verfolgten Ziele bilden in diesem Sinn Faktoren des Kindeswohls, aus welchem Grund der Schulbesuch zum Beispiel auch gegen den Willen der Eltern durchgesetzt werden kann. Dabei handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um massgebliche öffentliche Interessen (vgl. BGE 119 Ia 192 Erw. 7d; für den Kanton St. Gallen vgl. insbesondere Art. 97 VSG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Staat indessen Zurückhaltung zu üben, soweit die Elternrechte betroffen sind; namentlich im Bereich der religiösen Erziehung, welche für Kinder bzw. Jugendliche unter 16 Jahren in den Kompetenzbereich der Eltern fällt (vgl. Art. 303 Abs. 1 und 3 ZGB). Andererseits dürfen staatliche Massnahmen nicht bewirken, dass das Gleichstellungsgebot nach Art. 8 Abs. 3 BV mittels Kompetenzbereich der Eltern unterlaufen würde (BGE 119 Ia 192).

Eine öffentliche Schule hat bei der Erfüllung ihrer Aufgaben von einer Gesamtsicht auszugehen. Sowohl in der Vermittlung des Lehrstoffes als auch bei ihrer Organisation muss sie sich an einen möglichst breiten gemeinsamen Nenner halten, und sie hat die Kohärenz der Schulklassen und des Unterrichts zu gewährleisten. Die Berücksichtigung von Religionsvorschriften einzelner Schüler – sei es von Angehörigen der traditionell in der Schweiz verwurzelten Glaubensbekenntnisse, sei es von Angehörigen anderer Religionen – findet daher dort ihre Schranke, wo ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr aufrecht erhalten werden kann (BGE 119 Ia 192 f. Erw. 7e; 117 Ia 317 Erw. 4a). Ob sich jemand mit Erfolg auf die Religionsfreiheit berufen kann, hängt indessen nicht vornehmlich davon ab, ob seine religiöse Überzeugung stark vom Landesüblichen abweicht. Zwar erwog das Bundesgericht in BGE 114 Ia 133 Erw. 3a, aus der Religionsfreiheit lasse sich nicht ableiten, dass ein Schüler die öffentliche Schule zwar besuchen, ihr aber in einem praktisch unbeschränkten Ausmass fern bleiben könne; auch unter Berufung auf die Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit könne nicht die Berücksichtigung ein-

zelter Glaubensüberzeugungen oder Religionsvorschriften verlangt werden, wenn diese so sehr vom Landsüblichen abweichen, dass bei deren Berücksichtigung ein geordneter und effizienter Schulbetrieb nicht mehr gewährleistet sei bzw. dass ihnen nur schwer oder nicht in der öffentlichen Schule Rechnung getragen werden könne. Entscheidend sei aber dieser zweite Gesichtspunkt.

Öffentliche Schulen werden in verschiedenen Regionen mehr und mehr von Kindern aus andern Kulturkreisen und damit oft auch aus verschiedenen Religionsgemeinschaften besucht. Eine grosszügige Dispensationspraxis der Schulbehörden kann sich zwar auf die Kohärenz von Schulklasse und Unterricht auswirken und als Präjudiz für weitere Dispense angerufen werden. Die Sorge allein, dass eine dem Gebot religiöser Toleranz entspringenden Dispensationspraxis als Signal für unhaltbare Gesuche missverstanden werden könnte, rechtfertigt laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung hingegen nicht, gewissermassen generalpräventiv eine restriktive Praxis zu beschreiben. Es kommt letztlich darauf an, ob zu befürchten ist, dass durch die konkret nachgesuchte Dispensation ein geordneter und effizienter Schulbetrieb und damit der Ausbildungsauftrag der Schule in Frage gestellt wird (vgl. zum Ganzen BGE 119 Ia 193 Erw. 7e mit Hinweisen).

c) Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass ein Grundrechtseingriff zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (BGE 126 I 119).

4. a) Aus Ziff. 3 Bst. a vorstehend geht zum einen hervor, dass für A. zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung eine prinzipielle Pflicht bestand, am koedukativen Schwimmunterricht teilzunehmen. Zum andern steht fest, dass vorliegend eine genügende gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Religionsfreiheit besteht.

b) Auf Grund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die über alles gesehen eine weitgehende Toleranz gegenüber den privaten Interessen unterstützt, würde es nahe liegen, das fragliche Dispensationsgesuch in Abweisung des Rekurses und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides zu bewilligen. Der Erziehungsrat des Kantons St.Gallen trug indessen bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 in Abwägung aller Grundrechtsansprüche vermehrt der jüngeren gesellschaftlichen Entwicklung Rechnung und gelangte im Ergebnis zu einer tendenziell strengen Urlaubspraxis (vgl. GVP 1998 Nr. 72). Er bezog (nebst den Interessen der Eltern und der Schule) insbesondere die Interessen bzw. Rechte des betroffenen Kindes (persönliche Freiheit, Recht auf umfassende schulische Förderung im Rahmen des obligatorischen Volksschulbesuchs und Recht auf Gleichbehandlung der Geschlechter bzw. auf Nichtdiskriminierung gegenüber Knaben und Männern) in die Güterabwägung mit ein. Der Erziehungsrat gelangte zum Schluss, dass die Interessen der Eltern im Rahmen der gegenseitigen Abwägung nicht a priori Vorrang beanspruchen dürfen, namentlich dann nicht, wenn hinter ihnen ein politischer Druck extremer Gruppierungen auf weltanschauliche Radikalisierung steht, wie er bisweilen gegenüber im Westen niedergelassenen Angehörigen der

islamischen Glaubensgemeinschaft zu beobachten ist. Ausserdem ist nicht zu dulden, dass unter dem Titel der Glaubens- und Gewissensfreiheit bzw. der Kultusfreiheit eine verfassungswidrige Diskriminierung des weiblichen Geschlechts gegenüber dem männlichen Geschlecht betrieben wird (GVP a. a. O.).

Bei der Prüfung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen und deren Abwägung gegenüber der Religionsfreiheit hat das Bundesgericht im angeführten Entscheid BGE 119 Ia 178 ff. das Hauptargument auf den trotz religiös motivierter Dispensation der betreffenden Schülerin ungestörten Ablauf des Schulbetriebs und die nicht entscheidende Bedeutung der Schwimmfertigkeit für deren (berufliches) Fortkommen gerichtet. Den auch im vorliegenden Fall angeführten Regeln des Islams kann zwar die religiöse Motivation nicht abgesprochen werden. Sie sind aber offensichtlich auch Ausdruck einer patriarchalischen Gesellschaftsform, die grossen Wert auf die Kontrolle der weiblichen Sexualität legt (vgl. Paul Zweifel, Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zwielficht: zu BGE 116 Ia 252 und 119 Ia 178, in ZBJV 131 [1995], S. 596). Die Regeln, die aus den geltend gemachten Bekleidungs Vorschriften für das Schwimmen in der Öffentlichkeit abgeleitet werden, dienen zwar nach Ansicht bestimmter islamischer Gelehrter dem Schutz des weiblichen Geschlechts. Aus diesem «Schutz» resultiert indessen auch eine Bevormundung und Zurücksetzung der Frau. Damit wird die Gleichstellung der Frau, ein wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Ordnung, tangiert (vgl. oben Ziff. 3 Bst. b zweiter Abschnitt; ZBI 1994 S. 39; vgl. im Übrigen auch die Weisungen des Erziehungsrates zur Gleichstellung von Mädchen und Knaben in Kindergarten und Volksschule vom 20. November 1996, SchBl 1992, Nr. 2).

Im Weiteren ist mit Blick auf das öffentliche Interesse nicht zu verkennen, dass in der Primarschulgemeinde, die wie die meisten Schulgemeinden in nicht unbedeutendem Mass kulturell durchmischt ist, eine beträchtliche Zahl Kinder aus fremden Kulturkreisen bzw. mit verschiedener weltanschaulicher und religiöser Zugehörigkeit beschult werden. Der Hinweis des Schulrates, wonach eine allzu grosszügige Dispensationspraxis nicht ohne Rückwirkung auf die Kohärenz von Schulklassen und Unterricht bleiben würde, ist daher ernst zu nehmen. Festzustellen ist ausserdem, dass eine gänzliche Dispensation von einem Schulfach – selbst wenn sie erlaubt wäre (vgl. oben Ziff. 3 Bst. a zweiter Abschnitt) – weitreichend und in diesem Umfang nicht leichtfertig zuzugestehen wäre; dies auch dann, wenn der staatliche Bildungsauftrag durch die angebehrte Dispensation vom Schwimmunterricht nicht grundsätzlich gefährdet wäre.

Bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses ist heute allgemein – und dies ist auch für den vorliegenden Fall ausschlaggebend – dem Umstand Rechnung zu tragen, dass seit Beginn der 90er Jahre der Druck auf die Homogenität und Ordnung des öffentlichen Schullebens in einem Mass angestiegen ist, das zu Bedenken Anlass gibt. Dazu trägt unter anderem die Partikularisierung der Werthaltung vieler Eltern bei. Mit dieser geht eine verhärtete Anspruchshaltung gegenüber der Schule einher. Sie hat zur Folge, dass immer mehr Eltern immer vielfältigere Privat-

interessen über das öffentliche Interesse der Schule stellen und bei der Wahrung dieser Interessen immer weniger zu Kompromissen bereit sind. Davon ist namentlich auch die Haltung in weltanschaulichen oder religiösen Fragen betroffen. Ungeachtet dieser Entwicklung überträgt die Bundesverfassung der Schule den Auftrag, den schulpflichtigen Kindern einen genügenden Unterricht zu vermitteln (Art. 62 Abs. 2 BV). Dazu gehört über den Unterricht hinaus auch deren Erziehung und Unterstützung bei ihrer sittlichen, intellektuellen und physischen Entfaltung, ungeachtet ihres gesellschaftlichen Umfeldes, um damit die Voraussetzungen für ihre soziale und intellektuelle Eingliederung zu schaffen. Die Bedeutung dieser Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit wächst mit den fortschreitenden Tendenzen zur kulturellen und wertemässigen Desintegration der Gesellschaft. Die Schulpflicht, die dem verfassungsmässigen Auftrag der öffentlichen Schule entspricht, gilt, wie mehrfach festgestellt, als Bürgerpflicht. Will die Schule ihre so definierte Aufgabe weiterhin erfüllen, kommt sie nicht mehr umhin, im Schulbetrieb der fortschreitenden Tendenz zur Individualisierung festere Grenzen entgegenzustellen, als dies früher erforderlich gewesen sein mag. In diesem Zusammenhang ist denn auch eine gewisse Verschärfung der Urlaubspraxis unumgänglich geworden (vgl. GVP a. a. O.). Die zitierten Urteile des Bundesgerichts ergingen vor der Zuspitzung der geschilderten soziokulturellen Entwicklung. Würde die öffentliche Schule mit Rücksicht auf eine Betrachtungsweise vor 14 Jahren «tolerante» Bewilligungen aussprechen, so würde sie Gefahr laufen, bei jenen Eltern und Bürgern, die der Schulpflicht loyal begegnen, Unverständnis zu wecken und damit nicht zu mehr Toleranz, sondern zu mehr Polarisierung in der Gesellschaft beizutragen. Die Praxis der Grundrechte darf nicht in diesem Sinn zu kontraproduktiven Ergebnissen führen.

Die zitierte Würdigung aus der Rekurspraxis des Erziehungsrates muss auch für die Interessenabwägung im vorliegenden Fall ausschlaggebend sein, und dem Argument von C., «Individualismus entwickle sich eben» (Bst. F oben), ist im entsprechenden Sinn entgegen zu treten. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Schulrat im Jahr 2001 das Gesuch betreffend Dispensation von F. (der ältern Schwester von A.) vom obligatorischen Schwimmunterricht bewilligt hat. Die Gründe sind nicht ersichtlich, weshalb der Schulrat seinerzeit dem Gesuch stattgegeben hat. Aber selbst wenn die gleichen divergierenden Interessen und Rechte gegeneinander abzuwägen waren wie vorliegend, könnte daraus nichts zu Gunsten des Gesuchstellers im konkreten Fall abgeleitet werden. Unter diesen Umständen hätte die Bewilligung in Widerspruch zur eben dargelegten Praxis des Erziehungsrates gestanden. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Ein solcher bestünde möglicherweise dann, wenn der Schulrat eine ständige, in Widerspruch zum Erziehungsrat stehende Praxis betriebe und sich weigerte, dieselbe aufzugeben (vgl. ZBI 1/2004, S. 23 f.). Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall.

c) Das Obligatorium des Schwimmunterrichts ist ohne weiteres geeignet, um die Erfüllung der Bürgerpflicht und die Ansprüche des betroffenen Mädchens (persön-

liche Freiheit auch gegenüber dem Elternhaus, Recht auf umfassende schulische Förderung inkl. Erlernen des Schwimmens im Rahmen des obligatorischen Volksschulbesuchs sowie Recht auf Gleichbehandlung der Geschlechter bzw. auf Nichtdiskriminierung gegenüber Knaben und Männern) sicherzustellen. Das Obligatorium ist im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel auch erforderlich.

Dies bedeutet nicht, dass beim Vollzug des Schwimmobligatoriums nicht auf die Bedürfnisse des Mädchens bzw. seines Vaters hinsichtlich freier Ausübung der Religion in Verbindung mit dessen Erziehungsrecht Rücksicht genommen werden dürfte und müsste. Insoweit ist die Rekurrentin zu verpflichten, A. bzw. ihrem Vater im Rahmen der Zumutbarkeit – die sich nach den örtlichen Gegebenheiten richtet und vom Kanton nicht abstrakt definiert werden kann – besondere Rahmenbedingungen für den obligatorischen Schwimmunterricht anzubieten: A. sollte nach Möglichkeit angeboten werden, sich getrennt von der Klasse umzuziehen und zu duschen, und das Tragen besonderer Badekleider (Bekleidung, die den ganzen Körper bedeckt) ist ihr zu gestatten. Damit kann den Bedenken von C. hinsichtlich freizügigem Erscheinen von A. begegnet werden. Um diesbezüglich Ausgrenzungen des Mädchens seitens der Mitschülerinnen und Mitschüler vorzubeugen und um in der Klasse Verständnis für die hiezulande unüblichen Kleidervorschriften zu wecken, sind, soweit angezeigt, diese Besonderheiten bzw. die entsprechenden Religionsvorschriften und deren Auswirkungen auf das (schulische) Alltagsleben im Unterricht zu thematisieren. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Schulobligatoriums und an der Wahrung der Kindesinteressen sind aus den vorstehend (Bst. b) angeführten Gründen von grossem Gewicht. Die Einschränkung der Freiheit der Familie C. in der (strengen) Ausübung von Glaubensvorschriften ist demgegenüber auch insoweit nicht von gleicher Bedeutung, als ihren Bedürfnissen und Bedenken durch die genannten besonderen Rahmenbedingungen seitens der Rekurrentin in einem Masse Rechnung getragen wird, dass nur noch geringe Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung vorliegen.

d) Zusammenfassend überwiegen das öffentliche Interesse, dass A. am obligatorischen Schwimmunterricht teilnimmt, sowie die vorstehend genannten Interessen des Kindes das private Interesse von C. am angebehrten Dispensationsgesuch. Ihre Durchsetzung kann zudem verhältnismässig ausgestaltet werden. Der Rekursentscheid der Vorinstanz ist somit in Gutheissung des Rekurses und in Bestätigung der Verfügung des Primarschulrates vom 8. Oktober 2004 (im Sinne der vorstehenden Erwägungen) aufzuheben.

**87**

*Verzicht auf Publikation.*

**88**

*Art. 50 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 4 Abs. 1 GG (sGS 151.2).* Im Bereich der Klassenbildung und Organisation der Volksschule kommt den Gemeinden keine Autonomie zu.

Sachverhalt:

Im Frühjahr 2001 ersuchte der Schulrat T. das Amt für Volksschule um die Bewilligung einer besonderen Klassenorganisation für das Schuljahr 2001/02. Die 4. Primarklasse mit einem Bestand von 15 Schülern und die 5./6. Doppelklasse mit 26 Schülern sollten durch die beiden Mittelstufenlehrkräfte je gemeinsam geführt werden. Das Amt für Volksschule erteilte die Bewilligung; der Erziehungsrat teilte dem Schulrat in der Folge mit, die Ausnahmeregelung werde nach Ablauf des Schuljahres 2001/02 nicht verlängert. Das entsprechende Organisationsmodell wurde noch beibehalten. Der Erziehungsrat ordnete am 17. März 2004 aufsichtsrechtlich an, dem Amt für Volksschule sei bis Ende der Frühlingsferien 2004 eine geänderte Klassenorganisation zur Genehmigung einzureichen. Dagegen erhoben die Schulkommission der Gemeinde T. und der Gemeinderat T. Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten, das praktizierte Fachlehrersystem sei zu bewilligen. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war. Dagegen erhoben die Schulkommission der Gemeinde T. und der Gemeinderat T. staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ebenfalls ab.

*Bundesgericht, 11. Januar 2005 (vgl. GVP 2005 Nr. 93)*

Aus den Erwägungen:

1.1 Der angefochtene Entscheid stützt sich auf kantonales Recht, und es steht dagegen auf Bundesebene kein anderes Rechtsmittel offen als die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 2 OG). Er trifft die Gemeinde T. in ihren hoheitlichen Befugnissen, hat ihr doch das Verwaltungsgericht eine Autonomie im strittigen Bereich der Klassenorganisation abgesprochen, womit die Gemeinde gezwungen wird, das ihr von den kantonalen Erziehungsbehörden auferlegte Klassensystem umzusetzen. Die Gemeinde ist deshalb legitimiert, mit staatsrechtlicher Beschwerde eine Verletzung der Gemeindeautonomie zu rügen (vgl. BGE 129 I 410 E. 1.1 S. 412; 128 I 3 E. 1c S. 7; 121 I 218 E. 2a S. 220; je mit Hinweisen). Ob der Gemeinde T. im betreffenden Bereich tatsächlich Autonomie zusteht, ist nicht eine Frage

des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung (BGE 129 I 410 E. 1.1 S. 412; 128 I 3 E. 1c S. 7; 119 Ia 285 E. 4a S. 294).

1.2 In T. führt die Politische Gemeinde die Volksschule. Damit ist der Gemeinderat für die Schulverwaltung zuständig (Art. 166 Abs. 1 GG. Nach Art. 136 lit. f. und Art. 137 Abs. 1 GG ist die Prozessführung eine nicht übertragbare Aufgabe des Gemeinderates. Die Politische Gemeinde T., vertreten durch den Gemeinderat, ist denn auch zur staatsrechtlichen Beschwerde berechtigt. Hingegen kann die Schulkommission als blosser Behörde vor Bundesgericht nicht zusätzlich als Partei auftreten, auch wenn ihr die unmittelbare Führung der Schule obliegt (vgl. Art. 168 Abs. 2 GG), sie oberste kommunale Verwaltungsbehörde für die Rechtspflege in Schulangelegenheiten ist (vgl. Art. 168bis GG) und sie auf kantonaler Ebene allenfalls über weitergehende Parteirechte verfügte. Auf die staatsrechtliche Beschwerde kann somit nicht eingetreten werden, soweit die Schulkommission der Gemeinde T. Beschwerde erhebt.

1.3 Nach Art. 86 OG. ist die staatsrechtliche Beschwerde – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig. Soweit sich die vorliegende Beschwerde gegen den unterinstanzlichen Beschluss des Erziehungsrates des Kantons St.Gallen vom 17. März 2004 richtet, kann darauf daher nicht eingetreten werden.

## 2.

2.1 Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Wie bereits unter der Geltung der alten Verfassung ist eine Gemeinde dann autonom in einem Sachbereich, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 129 I 410 E. 2.1 S. 413; 128 I 3 E. 2a S. 8; 122 I 279 E. 8b S. 290; je mit Hinweisen).

2.2 Nach Art. 88 Abs. 1 KV bestehen im Kanton St.Gallen unter anderem die Politische Gemeinde und die Schulgemeinde. Wie dargelegt (E. 1.2), führt in T. die Politische Gemeinde die Volksschule. Gemäss Art. 89 KV ist die Gemeinde autonom, soweit das Gesetz ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt (Abs. 1); in der Rechtssetzung hat die Gemeinde Entscheidungsfreiheit, wenn das Gesetz keine abschliessende Regelung trifft oder die Gemeinde ausdrücklich zur Rechtssetzung ermächtigt. Art. 4 GG enthält die gleiche Definition der Gemeindeautonomie. Nach Art. 90 KV erfüllt die Gemeinde die Aufgaben, die der Kanton ihr durch Verfassung und Gesetz zuweist, sowie im Rahmen ihrer Autonomie Aufgaben, die sie im öffentlichen Interesse

selbst wählt. Gemäss Art. 100 KV steht die Gemeinde unter der Aufsicht des Kantons. Die Aufsicht beschränkt sich im Bereich der Gemeindeautonomie auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit und umfasst ausserhalb der Gemeindeautonomie die Überprüfung von Rechtmässigkeit und Angemessenheit, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht.

3.

3.1 Im Kanton St.Gallen ist das Volksschulwesen primär Sache des Kantons, weshalb die Autonomie der Gemeinden in diesem Bereich von vornherein gering ist. Die Volksschule ist denn auch systematisch und umfassend durch kantonales Recht, namentlich im VSG, geregelt. Immerhin verbleibt den Gemeinden in bestimmten Einzelbereichen eine gewisse Entscheidungsfreiheit, so etwa bei der Wahl der Lehrer oder teilweise bei der Schulorganisation. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob der Politischen Gemeinde T. als Trägerin der Volksschule Autonomie bei der umstrittenen Klassenorganisation der Mittelstufe zukommt.

3.2 Das kantonale Recht enthält verschiedene Bestimmungen zur Klassenorganisation in der Volksschule. Nach Art. 19 VSG wird der Stundenplan vom Lehrer entworfen und vom Schulrat erlassen, freilich in Anwendung der vom Erziehungsrat beschlossenen Vorschriften über die Verteilung der wöchentlichen Unterrichtszeit und der Blockzeiten. Art. 27 VSG regelt die Klassengrössen; Abweichungen bedürfen jedoch der Bewilligung des Kantons, dessen Regierung auch bestimmte ergänzende Vorschriften erlässt. Art. 28 VSG enthält für die Primarschule Vorschriften für die Zusammenlegung von zahlenmässig unterdotierten Jahrgangsklassen, wobei Ausnahmen erneut von einer kantonalen Bewilligung abhängen. Art. 5 VDL erklärt für die Klasse eine Lehrkraft als Klassen-Lehrkraft verantwortlich. Art. 6 VDL regelt die Stellenteilung (Job-Sharing).

Das kantonale Recht sieht sowohl Jahrgangsklassen als auch solche mit mehreren Jahrgängen vor und kennt ebenfalls die Beschulung einer Klasse durch zwei Lehrkräfte. Die wesentlichen Inhalte der Klassenorganisation sind detailliert geregelt. Insbesondere sind die Voraussetzungen für die Unterrichtserteilung an eine Klasse durch zwei Lehrkräfte genau definiert; Art. 6 VDL sieht eine solche Organisation einzig für die Stellenteilung im Sinne der gemeinsamen Übernahme einer Stelle durch zwei teilzeitlich angestellte Lehrkräfte vor. Überdies muss die Stellenteilung in der Verfügung zum Dienstverhältnis vorgesehen sein. Eine fachspezifische Fächerteilung für zwei vollzeitlich angestellte Lehrer für mehrere Klassen der Mittelstufe ergibt sich daraus nicht.

Dass die Gemeinden (auch) in Schulbelangen der Aufsicht durch den Kanton unterliegen, schliesst eine wesentliche Autonomie für sich allein an sich genauso wenig aus wie die Notwendigkeit der Genehmigung eines Entscheids durch den Kanton (vgl. Art. 100 KV e contrario sowie ZBI 101/2000 S. 469). Entscheidend ist aber eine Gesamtwürdigung. Sieht das Gesetz in diesem Sinne die Zuständigkeit des Kantons für detaillierende Ausführungsbestimmungen vor und stehen zusätzlich diesbezügliche kommunale Entscheide unter dem Vorbehalt kantonalen Genehmigungs, besitzt die Gemeinde insoweit nicht Entscheidungsfreiheit. Im Bereich der st.gallischen Volks-

schule verfügt der Kanton über eine sehr weitgehende Regelungskompetenz und bedürfen namentlich Klassenorganisationen, die den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechen, regelmässig einer kantonalen Bewilligung. Auch die Beschwerdeführerin hat im Übrigen ursprünglich um eine solche Bewilligung nachgesucht. Zwar scheint sich das kantonale Amt für Volksschule damals über die der Gemeinde zustehende Kompetenz geirrt zu haben, doch können die kommunalen Behörden daraus über das konkret in Frage stehende Schuljahr hinaus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Insgesamt schliesst die gesetzliche Regelung für den hier fraglichen Bereich der Klassenorganisation die Auslegung aus, dass der Gemeinde erlaubt sei, was ihr nicht im Gesetz ausdrücklich verboten wird. Vielmehr ist zu folgern, dass die Beschwerdeführerin insofern nicht über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit bzw. Autonomie verfügt (vgl. dazu auch ZBI 101/2000 S. 467 ff.).

3.3 Sodann ist nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht auch auf den Aspekt des Einsatzes öffentlicher Mittel hingewiesen hat. Als unbegründet erweist sich in diesem Zusammenhang die Rüge der Beschwerdeführerin, das Verwaltungsgericht gehe fälschlicherweise bzw. ohne entsprechende Beweisführung davon aus, das Fachlehrersystem verursache Mehrkosten. Das Verwaltungsgericht hat einzig festgehalten, mit dem fachspezifischen Einsatz von zwei Lehrern habe vermieden werden können, dass ein Vollpensum einer Lehrkraft infolge einer zu geringen Klassengrösse unter Umständen reduziert werden musste. Durch die vertikale Teilung zweier unterschiedlich grosser Klassen hätten zwei Klassen mit annähernd genügend Schülern gebildet werden können, um zwei Lehrkräfte im Vollpensum zu beschäftigen. Die entsprechende zentrale Steuerungsfunktion der Bestimmungen über Klassengrösse und -organisation kennzeichneten diesen Regelungsbereich ebenfalls als unmittelbare kantonale Kompetenz, die einheitlich anzuwenden und zu handhaben sei. Dieser vom Verwaltungsgericht nachgezeichnete Zusammenhang erweist sich nicht als unhaltbar und bestätigt die Auslegung der einschlägigen kantonalen Rechtsordnung, wonach den Gemeinden im hier fraglichen Bereich der Klassenorganisation keine Autonomie zukommt.

#### 4.

Schliesslich kann sich eine Gemeinde über eine behauptete Gehörsverweigerung nur dann beschweren, wenn und soweit sie in ihrer Autonomie tatsächlich betroffen ist. Da die Beschwerdeführerin im vorliegenden Zusammenhang nicht über Autonomie verfügt, ist auf ihre Rüge, das Verwaltungsgericht habe nicht alle von ihr zur Sache angebotenen Beweise abgenommen, nicht einzutreten (BGE 116 Ia 252 E. 3b S. 255, mit Hinweisen). Was im Übrigen die angeblich mangelhafte Begründung des angefochtenen Entscheids betrifft, so geht die Argumentation des Verwaltungsgerichts daraus mit hinreichender Deutlichkeit hervor; die Beschwerdeführerin vermochte denn auch das Urteil des Verwaltungsgerichts sachgerecht anzufechten.

#### 5.

Damit ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

**89**

*Art. 67 KV (sGS 111.1). Konzept über die Finalisierung der Rechtsetzung?  
Staatskanzlei, 2. Dezember 2005*

**1. Begriffe**

«Finalisierung der Rechtsetzung» ist die Ausrichtung des Rechts auf bzw. die Ausgestaltung des Rechts als «finales Recht». Rechtsetzung zielt auf Entwerfen und Erlassen von Rechtssätzen. Als «finales Recht» können Rechtssätze gelten, die ihren Adressaten Ziele – zu erstrebende Wirkungen ihres Verhaltens – vorgeben.<sup>1</sup>

Finales Recht zeichnet sich durch klare Zielsetzungen und Grundsatzregelungen aus, die den Adressatinnen und Adressaten, vielfach Verwaltungsbehörden, für die Aufgabenerfüllung einen grösseren Handlungsspielraum in organisatorischer oder/und materieller Hinsicht einräumen.<sup>2</sup>

Demgegenüber konzentriert sich das konditionale Recht auf Tatbestand und Rechtsfolge: Sind die im Erlass umschriebenen Voraussetzungen erfüllt, folgen die im Erlass umschriebenen Rechtsfolgen («Wenn ..., dann ...»).

**2. Aktualität**

Die Frage der Finalisierung des Rechts dürfte so alt sein wie die «Disziplinierung» der Rechtsetzung, d. h. seit der Pflege der Rechtsetzung als Disziplin. Der «disziplinierte» Gesetzgeber wird sich nämlich stets die Frage gestellt haben, wie zu setzendes Recht konzipiert und ausgestaltet werden soll.

New Public Management (NPM) als umfassendes Management-Modell für das Gemeinwesen erfasst auch die Rechtsetzung. Es fordert wirkungsorientierte Rechtsetzung, finale Ausrichtung der Rechtsetzung.<sup>3</sup>

Mit New Public Management rückte die Finalisierung der Rechtsetzung bzw. der Bedarf nach finalem Recht in den Vordergrund der Rechtsetzungsdiskussion. Zu Konzepten über die Finalisierung der Rechtsetzung scheint aber die Entwicklung nicht vorgestossen zu sein.<sup>4</sup>

1 Ulrich Schneider, Legalitätsprinzip und finales Recht, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 650, Bern 2001, 50f. mit Hinweisen.

2 Andreas Lienhard, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz / Analyse – Anforderungen – Impulse, Bern 2005, 46 mit Hinweisen.

3 Daniel Kettiger, Die Forderungen von New Public Management an die Gesetzgebung, in Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern / Stuttgart / Wien 2000, XX mit Hinweisen; Hans-Jakob Mosimann, New Public Management zwischen theoretischem Programm und praktischer Umsetzung, in ZBl 2000, 337ff., insbesondere 340ff. mit Hinweisen.

4 Siehe E-Mail von Prof.Dr.Georg Müller, Zentrum für Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich, vom 3.Februar 2005 (beim Leiter Rechtsdienst/SK abgelegt). In die Richtung Systematisierung lenken:

- Fachhandbuch «Wirkungsorientierte Gesetzgebung», Projektleitung «Neue Verwaltungsführung NEF 2000», Finanzverwaltung des Kantons Bern / Finanzdirektion des Kantons Bern, 2001;
- Modul 7: NEF-Rechtsetzung (Fassung vom 16.April 2003) in: Rechtsetzungsrichtlinien des Kantons Bern, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion und Staatskanzlei des Kantons Bern, Bern 2003.

Hinzu kommt, dass vorab im Umweltschutzrecht, das in vielen Bereichen Grenzwerte festlegt, an die bestimmte Rechtsfolgen anknüpfen, immer öfter der Ruf laut wird, finale Normen mit grösserem Handlungsspielraum zu schaffen.<sup>5</sup>

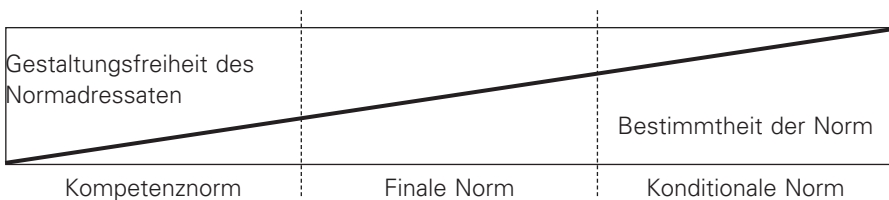
### 3. Einbettung

Das Verhalten der Normadressatinnen und Normadressaten kann durch verschiedenartige Normen determiniert werden. Typische Normarten sind:

- konditionale Normen;
- Kompetenznormen;
- finale Normen.<sup>6</sup>

Konditionale Normen kennzeichnet das Verhältnis Sachverhalt / Rechtsfolge, «wenn» / «dann» mit relativ hoher Regelungsdichte und -bestimmtheit. Finale Normen geben ihren Normadressaten Ziele vor, zu erstrebende Wirkungen des Verhaltens der Normadressaten, mit relativ geringer Regelungsdichte und -bestimmtheit. Kompetenznormen beschränken sich auf die Begründung von Zuständigkeit und Befugnis der Normadressaten zum Handeln, mitunter zur Selbstregulierung.<sup>7</sup>

Das Verhältnis zwischen konditionaler Norm, finaler Norm und Kompetenznorm ist nicht durch Gegensätze gekennzeichnet, sondern durch ein Kontinuum und kommt im Verhältnis zwischen Bestimmtheit der Norm und Gestaltungsfreiheit für den Normadressaten zum Ausdruck:<sup>8</sup>



Jeder Punkt auf der Diagonale markiert ein bestimmtes «Mischverhältnis» zwischen Gestaltungsfreiheit des Normadressaten und Determinierung des Handelns des Normadressaten durch Rechtssatz.

Dem Normgeber stehen die verschiedenen Normarten zur Disposition. Je nach Normierungsziel und Normierungsabsicht wählt er die konditionale Norm, die finale Norm oder eine Kompetenznorm. Folgerichtig können in einem Erlass konditionale und finale Normen, ja sogar Kompetenznormen vereint sein.<sup>9</sup> In der Auswahl und Ausgestaltung der Normen ist der Normgeber aber an das Legalitätsprinzip gebunden.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Hinweis des Generalsekretärs des Baudepartementes.

<sup>6</sup> Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich 1999, N. 75 ff.; Ulrich Schneider (Fn 1), 93 ff. mit Hinweisen.

<sup>7</sup> Relationale Normen (siehe Georg Müller [Fn 6], N. 75 ff.).

<sup>8</sup> Ulrich Schneider (Fn 1), 99 ff.

<sup>9</sup> Georg Müller (Fn 6), N. 77 mit Hinweisen.

<sup>10</sup> Dazu insbesondere Ulrich Schneider (Fn 1), 5 f. und 93 ff., je mit Hinweisen.

#### 4. Rechtsetzung im Kanton St.Gallen

Das in der Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen veröffentlichte Recht kennt konditionale Normen, finale Normen und Kompetenznormen.

##### Beispiele für eine konditionale Norm:

###### *Verweigerung der Hilfeleistung*

Art. 13. Wer bei einem Unglücksfall oder bei Gemeingefahr der polizeilichen Aufforderung zu einer zumutbaren Hilfeleistung nicht nachkommt, wird mit Haft oder Busse bestraft.<sup>11</sup>

###### *Persönliche Zugehörigkeit*

Art. 13. Natürliche Personen sind aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie ihren steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton haben. Einen steuerrechtlichen Wohnsitz im Kanton hat eine Person, wenn sie sich hier mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält oder wenn ihr das Bundesrecht hier einen besonderen gesetzlichen Wohnsitz zuweist.

Einen steuerrechtlichen Aufenthalt im Kanton hat eine Person, wenn sie sich hier, ungeachtet vorübergehender Unterbrechung, aufhält:

- a) bei Ausübung einer Erwerbstätigkeit während wenigstens 30 Tagen;
- b) ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit während wenigstens 90 Tagen.<sup>12</sup>

##### Beispiele für eine finale Norm:

###### *Zweck*

Art. 2. Dieses Gesetz bezweckt:

- a) den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers;
- b) Erhaltung und Wiederherstellung naturnaher Gewässer.<sup>13</sup>

###### *Soziale Integration*

Art. 14. Der Staat setzt sich die soziale Integration zum Ziel.<sup>14</sup>

###### *b) Grundsatz*

Art. 2. Staat und politische Gemeinden fördern durch Vereinbarungen den öffentlichen Agglomerations- und Regionalverkehr sowie den Ortsverkehr mit regionaler Bedeutung. Die politischen Gemeinden sorgen für leichten Zugang zu Bahnhöfen und Haltestellen sowie bei Bedarf für Abstellplätze für Zweiräder.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Art. 13 des Übertretungsstrafgesetzes (sGS 921.1).

<sup>12</sup> Art. 13 des Steuergesetzes (sGS 811.1).

<sup>13</sup> Art. 2 des Gesetzes über Gewässerunterhalt und Wasserbau (vom Kantonsrat am 7. Mai 2002 erlassen; Referendumsvorlage in ABI 2002, 1015 ff.).

<sup>14</sup> Art. 14 der Verfassung des Kantons St.Gallen (Kantonsverfassung) [sGS 111.1; abgekürzt KV].

<sup>15</sup> Art. 2 des Gesetzes zur Förderung des öffentlichen Verkehrs (sGS 710.5).

**Beispiele für eine Kompetenznorm:***Zuständigkeit a) Regierungsaufgaben*

Art. 71. Die Regierung bezeichnet im Rahmen der Gesetzgebung Ziele und Mittel staatlichen Handelns. Sie plant und koordiniert die Staatstätigkeit.

Sie vertritt den Staat.

Sie leitet die Staatsverwaltung und bestimmt deren Organisation.<sup>16</sup>

*Aufgaben*

Art. 90. Die Gemeinde erfüllt die Aufgaben, die der Kanton ihr durch Verfassung und Gesetz zuweist, sowie im Rahmen ihrer Autonomie Aufgaben, die sie im öffentlichen Interesse selbst wählt.<sup>17</sup>

Der Kantonsrat verzichtete in der Novembersession 2003 mit Wirkung ab Januar 2004 auf die Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung in der Staatsverwaltung.<sup>18</sup> Unter diesem Gesichtspunkt besteht gegenwärtig kein Bedarf nach einer Priorisierung der Finalisierung der Rechtsetzung bzw. nach einer Priorisierung von finalem Recht im Kanton St.Gallen.

**5. Folgerungen**

Aus der Analyse ergeben sich folgende Folgerungen:

1. Auf die Erarbeitung eines Konzeptes über die Finalisierung der Rechtsetzung im Kanton St.Gallen kann verzichtet werden.
2. Wer Normen erarbeitet bzw. erlässt, kann unter den verschiedenen Normtypen wählen. Dabei bestimmt er durch die rechtliche Determinierung des Handelns des Normadressaten dessen Gestaltungsfreiheit. Die finale Norm deckt ein bestimmtes «Mischverhältnis» ab.
3. Die Vorprüfung von Erlassentwürfen und die Schulung in der Rechtsetzung sind Momente, um auf die Gestaltungsmöglichkeiten in der Rechtsetzung hinzuweisen, namentlich auch auf die Finalisierung der Rechtsetzung, bzw. sie auszuschöpfen.

<sup>16</sup> Art. 71 KV.

<sup>17</sup> Art. 90 KV.

<sup>18</sup> Siehe ABI 2003, 2774 und 2781 (23.03.03) sowie ABI 2004, 232 f.

## 2. Gemeinden

---

### 90

*Art. 179 Bst. b und Art. 178 GG (sGS 151.2).* Abgrenzung neue von gebundenen Ausgaben. Für jede neue Ausgabe ist ein Kreditbeschluss erforderlich. Erfordernis eines besonderen Beschlusses der Bürgerschaft zur Gewährung eines Kredits für eine neue Ausgabe von grosser finanzieller Tragweite.

*Departement des Innern, 23. August 2005*

Die Bürgerschaft der politischen Gemeinde A bewilligte an der Bürgerversammlung vom 1. April 2005 im Rahmen der Behandlung des Voranschlags für das Jahr 2005 unter anderem einen Kredit für das Strassenprojekt XY in der Höhe von Fr. 1 203 000.–. B stellte an der Bürgerversammlung zum Voranschlag 2005 bzw. zum Investitionskredit für das Strassenprojekt XY, welches mit Fr. 1 203 000.– Ausgaben und Fr. 313 000.– Einnahmen in den Voranschlag 2005 eingestellt war, folgende Anträge:

Antrag 1:

«Aus dem Voranschlag zur Investitionsrechnung, Abschnitt Verkehr, ist die Position Strassenprojekt XY mit Ausgaben von Fr. 1 203 000.– und Einnahmen von Fr. 313 000.– zu streichen und es ist hierüber nach entsprechender Vorlage und Antragstellungen des Gemeinderates an einer nächsten Bürgerversammlung ein besonderer Beschluss zu fassen.»

Antrag 2:

«Über die Erteilung eines Kredits gemäss Voranschlag zur Investitionsrechnung, Abschnitt Verkehr, für das Strassenprojekt XY ist an einer Urnenabstimmung zu beschliessen.»

Die Bürgerversammlung lehnte beide Anträge ab. B erhob darauf Kassationsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

3. b) Der Beschwerdeführer rügt, die Kreditgewährung für neue Ausgaben von grosser finanzieller Tragweite über den Voranschlag sei nicht zulässig. Die Bürgerschaft müsse für eine solche neue Ausgabe nicht im Rahmen des Voranschlags über einen Teilbetrag, sondern über den gesamten notwendigen Kredit für dieses Strassenbauvorhaben insgesamt im Rahmen einer besonderen Beschlussfassung beschliessen können. Im Übrigen stelle sich im Hinblick auf Art. 120 Abs. 3 GG die Frage der Zulässigkeit einer solchen Aufteilung eines Kredits in zwei Tranchen für ein zusammenhängendes Ganzes.

c) Neue Ausgaben sind abzugrenzen von gebundenen Ausgaben. Das Bundesgericht geht bei der Abgrenzung zwischen gebundenen und neuen Ausgaben da-

von aus, dass es keinen bundesrechtlichen Begriff der Gebundenheit gebe. Das st.gallische Gemeinderecht definiert die gebundene Ausgabe in Art. 179 Bst. b GG. Danach ist Voraussetzung der Gebundenheit, dass Gesetzgebung, rechtsetzende Erlasse der Gemeinde oder andere rechtliche Verpflichtungen keinen grösseren Ermessensbereich offen lassen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts betrachtet Ausgaben dann als gebunden, wenn sie durch einen Rechtsatz prinzipiell und dem Umfang nach vorgeschrieben oder zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben erforderlich sind. Ferner sind Ausgaben gebunden, wenn anzunehmen ist, mit einem vorangehenden Grunderlass seien auch die aus ihm folgenden Aufwendungen (Folgekosten) gebilligt worden. Die Begriffe der gebundenen und der neuen Ausgabe sind komplementär. Jede Ausgabe, die nicht als gebunden erscheint, ist neu (vgl. H.-R. Arta, Die Zuständigkeitsordnung nach dem st.gallischen Gemeindegesetz in der politischen Gemeinde mit Bürgerversammlung, Diss. St.Gallen 1990, S. 107 f.). Bei den Kosten für das Strassenprojekt XY handelt es sich unzweifelhaft und unbestritten um eine neue Ausgabe im vorerwähnten Sinn.

d) Für jede neue Ausgabe ist grundsätzlich ein Kreditbeschluss erforderlich. Die Kreditkompetenz liegt von Gesetzes wegen bei der Bürgerschaft. Die Bürgerschaft ist für die Krediterteilung bei jeder neuen Ausgabe zuständig. Der Rat hat keine unmittelbare Kreditkompetenz. Wo er befugt ist, über neue Ausgaben zu beschliessen, handelt es sich nur um eine aus der Kreditkompetenz der Bürgerschaft abgeleitete Befugnis. Nach Art. 178 Abs. 1 GG werden Kredite durch Voranschlag oder durch besondere Beschlüsse der Bürgerschaft gewährt. Soweit ein Kredit nicht über den Voranschlag erteilt wird, ist ein gesonderter Kreditbeschluss notwendig, um die beabsichtigte Ausgabe zu tätigen. Dies ist auch die Meinung von Art. 35 Abs. 3 Bst. d GG, wonach die Bürgerschaft zur Beschlussfassung über neue Ausgaben zuständig ist. Dass diese Bestimmung die Zuständigkeit der Bürgerschaft nur für Ausgaben statuiert, «die den in der Gemeindeordnung festgesetzten Betrag übersteigen», ist angesichts der umfassenden Kreditbefugnisse der Bürgerschaft wohl als redaktionelles Missgeschick zu werten. Die Bürgerschaft ist auch unterhalb der nach Art. 35 Abs. 3 Bst. d GG festgesetzten Beträge zur Krediterteilung für neue Ausgaben zuständig. Die genannte Einschränkung kann nur den Sinn haben, dass für Ausgaben, welche die in der Gemeindeordnung festgesetzten Beträge übersteigen, in jedem Fall ein gesonderter Kreditbeschluss erforderlich ist. Ausgaben unter den genannten Grenzen können dagegen durch den Voranschlag, aber auch durch gesonderten Kreditbeschluss bewilligt werden.

Die Gemeinden geniessen weitgehende Freiheit in Bezug auf das Verfahren bei der Krediterteilung durch gesonderten Beschluss. Das Gesetz geht nach Art. 40 GG davon aus, dass die Bürgerschaft über Krediterteilungen in offener Abstimmung an der Bürgerversammlung beschliesst, es sei denn, es werde im Einzelfall Urnenabstimmung beschlossen (Art. 41 Abs. 2 Bst. c GG). Dabei stellt jede Kreditvorlage ein Traktandum dar (Arta, a. a. O., S. 129 ff.).

e) Die Gemeindeordnung der politischen Gemeinde A sieht für einmalige neue Ausgaben für Strassenbau und Korrekturen folgende Kreditkompetenzen vor: bis

Fr. 240 000.– Gemeinderat, von Fr. 240 001.– bis Fr. 500 000.– fakultatives Referendum, über Fr. 500 000.– obligatorisches Referendum. Für das Strassenprojekt XY sind Fr. 890 000.– netto für eine erste Tranche vorgesehen (...). Dieser Betrag liegt deutlich über der Grenze von Fr. 500 000.– ab welcher das obligatorische Referendum für die Beschlussfassung vorgesehen ist. Beim obligatorischen Referendum handelt es sich um einen besonderen Beschluss der Bürgerschaft im Sinn von Art. 178 Abs. 1 GG. Die Gemeindeordnung der politischen Gemeinde A schreibt demnach für eine Krediterteilung für einen Betrag von Fr. 890 000.– das obligatorische Referendum und damit einen besonderen Beschluss der Bürgerschaft vor. Ein solcher Kredit kann nicht über den Voranschlag beschlossen werden. Es muss zwingend eine gesonderte Kreditvorlage für den Kredit für das Strassenprojekt XY traktandiert bzw. der Bürgerschaft unterbreitet werden.

f) Der Gemeinderat A stellte den Kredit für das Strassenprojekt XY zu Unrecht nur in den Voranschlag 2005 ein. Er hätte diese Kreditvorlage als separates Traktandum ankündigen und behandeln müssen. Nach Art. 52 Abs. 2 GG dürfen nicht traktandierete Geschäfte an der Bürgerversammlung nicht behandelt werden. Das bedeutet, dass über den Kredit für das Strassenprojekt XY an der Bürgerversammlung der politischen Gemeinde A vom 1. April 2005 nicht beschlossen werden konnte. Die Voranschlagsposition ist nur unter dem Aspekt der Vollständigkeit (Art. 172 Abs. 2 GG) eingesetzt. Sie hat nur deklaratorischen Charakter, da der besondere Beschluss – welchen die Gemeindeordnung vorschreibt – noch gar nicht gefasst worden ist. Da die Voranschlagsposition nur deklaratorischen Charakter hat, wäre auf den Antrag des Beschwerdeführers nicht einzugehen gewesen. Auch ist mit der Beschlussfassung über den Voranschlag der Kredit für das Projekt noch nicht gewährt. Die besondere Beschlussfassung durch die Bürgerschaft ist abzuwarten. Eine Antragstellung auf Durchführung einer Urnenabstimmung ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Eine allfällige Urnenabstimmung könnte von der Mehrheit der Stimmbürger erst an der nächsten Bürgerversammlung beschlossen werden (Art. 41 Abs. 2 Bst. c GG).

### 3. Erziehung und Bildung

---

#### 91

*Art. 54, 55 und 55bis VSG (sGS 213.1); Art. 13 Bst. d VVU (sGS 213.12).*  
Für Fehlverhalten, das nicht primär dem Schüler, sondern primär dem Elternhaus anzulasten ist, darf der Schüler nicht mit dem disziplinarischen Schulausschluss bestraft werden. Bei massiven Erziehungsdefiziten in der Familie ist es nicht an der Schule, sondern an den Organen der Familienaufsicht, einzuschreiten.

*Präsident Erziehungsrat, 26. Januar 2005*

Sachverhalt:

A. besuchte zu Beginn des Schuljahrs 2004/05 die zweite Sekundarklasse in der Schulgemeinde B. Mit Verfügung vom 26. August 2004 schloss ihn der Schulrat disziplinarisch von der Schule aus. Er erwog, A. habe trotz unzähliger schriftlicher und mündlicher Aufforderungen verschiedenster Personen und Behörden und trotz rechtskräftiger Bussenverfügungen gegenüber seiner Mutter, C., die ihm nicht hätten verborgen bleiben können, während eines ganzen Jahres am Donnerstagnachmittag keine einzige Turnstunde besucht. Hinzu gekommen seien namentlich unentschuldigtes Fehlen im Skilager, unentschuldigtes Fehlen im Klassenlager vor den Sommerferien und Nichtteilnahme an der Sonderschulwoche nach den Sommerferien. A. trage das uneinsichtige, unkooperative und missbräuchliche Verhalten seiner Mutter mit. Gegen die Verfügung des Schulrates erhob C. Rekurs bei der Regionalen Schulaufsicht. Diese wies den Rekurs ab. Dagegen erhob C. erfolgreich Rekurs beim Erziehungsrat.

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Erziehungsrat ist für die Behandlung des Rekurses nach Art. 130 Abs. 1 Bst. b VSG zuständig. Aus Gründen der Dringlichkeit – bis zum Semesterwechsel auf 1. Februar 2005 findet keine Sitzung des Erziehungsrates mehr statt – ergeht dieser Entscheid präsidial (Art. 125 VSG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 VRP; der Erziehungsrat ist an der nächsten Sitzung zu orientieren (Art. 23 Abs. 2 VRP).

b) Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten (Art. 45 ff. VRP).

2. Der ausreichende und unentgeltliche Grundschulunterricht ist ein verfassungsmässiges Recht und eine verfassungsmässige Pflicht (Art. 19 und 62 Abs. 3 zweiter Satz BV; Art. 2 Bst. m KV).

3. a) Der Schüler hat sich in Schule und Öffentlichkeit anständig und rücksichtsvoll zu verhalten (Art. 54 VSG). Gegen Schüler, deren Verhalten zu Beanstandungen Anlass gibt, können erzieherisch sinnvolle Disziplinarmassnahmen angeordnet wer-

den (Art. 55 Abs. 1 VSG). Als schwerste Disziplinar massnahme kann der Schulrat den disziplinarischen Ausschluss von der Schule verfügen, mit der Möglichkeit eines anschliessenden, von der Vormundschaftsbehörde verfügten Besuchs der besonderen Unterrichts- und Betreuungsstätte (BUB) (Art. 55 Abs. 2, Art. 55bis und 55ter VSG). Vor dem disziplinarischen Ausschluss von der Schule führt eine beauftragte Person des Schulrates eine Untersuchung durch und erstattet einen schriftlichen Bericht mit Antrag. Die Eltern können zu Bericht und Antrag schriftlich Stellung nehmen (Art. 14 VVU).

b) Der disziplinarische Schulausschluss ist die gravierendste Sanktion gegenüber einem fehlbaren Schüler. Er bricht die Laufbahn des betroffenen Schülers in den ordentlichen schulischen Strukturen ab; ihm ist insoweit kein Provisorium immanent. Immerhin ist der disziplinarische Schulausschluss für die verfügende Schulbehörde mit der Meldepflicht an die Vormundschaftsbehörde verbunden (Art. 13 Bst. d VVU). In der Folge eines disziplinarischen Schulausschlusses obliegt es dieser, in Substitution der Schulbehörden und gestützt auf das Zivilrecht dem verfassungsmässigen Recht und der entsprechenden Pflicht hinsichtlich genügenden Grundschulunterricht Nachachtung zu verschaffen. Dies ist jedoch naturgemäss nur mittelbar und unvollkommen und aus familienrechtlicher Sicht nur sekundär möglich. Der disziplinarische Schulausschluss steht daher in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsmässigen Recht und zur verfassungsmässigen Pflicht hinsichtlich genügenden Grundschulunterricht.

Dies bedeutet zwar nicht, dass der disziplinarische Schulausschluss grundsätzlich verfassungswidrig wäre. Das verfassungsmässige Recht und die entsprechende Pflicht zum Schulbesuch sind nicht absolut und nicht grenzenlos. Die Schule bedarf von Natur aus in erheblichem Mass einer konstruktiven Mitwirkung der Schüler und deren Loyalität gegenüber dem Schulrecht, welches die Rahmenbedingungen des Unterrichts regelt. Es muss daher dem kantonalen Gesetzgeber zugestanden werden, wenigstens für den Fall, dass ein Schüler den Schulbesuch durch krasses Missverhalten ins Absurde führt, die Beseitigung des Schulbesuchsrechts bzw. der Schulbesuchspflicht durch einen disziplinarischen Schulausschluss zu gestatten. Insoweit besteht für kantonales Gesetzesrecht verfassungsmässiger Raum. Existiert wie im Kanton St.Gallen eine entsprechende Gesetzesnorm, so ist es der lokalen Schulbehörde im Einzelfall in Abwägung der gegenläufigen Interessen und unter Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen unbenommen, sie auch anzuwenden. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des disziplinarrechtlichen Schulausschlusses nach St.Galler Gesetz vgl. BGE 129 I 23 Erw. 8 und 9 (GVP 2002 Nr. 115 S. 307 ff.).

Indessen gebietet das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Schulbesuchsrecht bzw. -pflicht einerseits und disziplinarischem Schulausschluss andererseits, letzteren nur im Extremfall zu verfügen. Ein solcher ist um so weniger anzunehmen, je jünger der Schüler ist. Abgesehen davon zielt der disziplinarische Schulausschluss ausschliesslich auf die Ahndung eigenen Fehlverhaltens des

Schülers, d. h. der Ahndung eines Fehlverhaltens, welches dem Schüler unter Berücksichtigung seiner altersgemässen Urteilsfähigkeit und der von ihm nicht selbst gewählten familiären Umgebung persönlich vorzuwerfen ist. Dies geht seit jeher aus Art. 54 und 55 VSG hervor und wird durch die neueren Gesetzesbestimmungen über die BUB zusätzlich unterstrichen. Die BUB ist ein schulverwandter erzieherischer Anschluss für disziplinarisch aus der Schule ausgeschlossene Jugendliche und bezweckt deren Resozialisierung. Sie ist damit ein Element zur Legitimation des disziplinarischen Schulausschlusses, indem sie für den ausgeschlossenen Schüler mit Blick auf seine verfassungsmässigen Rechte eine Perspektive offen hält. Eine Resozialisierung in der BUB kann jedoch nur gegenüber Jugendlichen Sinn machen, denen ein Fehlverhalten persönlich vorzuwerfen ist, d. h. bei denen die Massnahme überhaupt erzieherisch sinnvoll nach Art. 55 Abs. 1 VSG sein kann. Mithin misst sich die Zulässigkeit eines disziplinarischen Schulausschlusses auch daran, ob für den Schüler die Versetzung in die BUB wenn nicht als zwingend erscheint, so doch zumindest denkbar und ernsthaft zu prüfen ist.

Für Fehlverhalten, das nicht primär dem Schüler, sondern primär dem Elternhaus anzulasten ist, darf der Schüler nicht mit dem disziplinarischen Schulausschluss bestraft werden. Für elterliches Fehlverhalten muss ein Volksschüler auch dann zumindest nicht die schwerste Disziplinarstrafe mit all ihren Konsequenzen (Verlust der beruflichen oder weiterführenden schulischen Perspektive) erdulden, wenn er es im Rahmen seiner kindlichen Folgepflicht mitträgt. Ansonsten würde von ihm eine Freiheit und Unabhängigkeit vom familiären Rahmen verlangt, die naturgemäss nicht besteht. In einem entsprechenden Fall wäre auch der Eintritt in die BUB zum vornherein verfehlt, da die Resozialisierung am falschen Subjekt ansetzen würde.

4. Es ist nicht aktenkundig und wird von den Vorinstanzen auch nicht vorgebracht, dass sich A. in der Sekundarschule unanständig oder rücksichtslos im Sinn von Art. 54 und 55 VSG verhalten hätte. Ihm sind weder eine aktive Störung oder Belästigung von Mitschülerinnen und Mitschülern oder von Lehrkräften bzw. des Schulbetriebs im Allgemeinen noch verbale oder handgreifliche Entgleisungen (Ehrverletzungen, Drohungen, Gewalt) im Besonderen vorzuwerfen. A. wird vielmehr die wiederholte Nichteilnahme an Unterrichtsstunden (Turnunterricht) und an besonderen Unterrichtsveranstaltungen (Skilager, Klassenlager und Sonderwoche), das Nichterledigen von Aufgaben und das Nichterscheinen zu Nacharbeits-Terminen oder zum Bibliotheksbesuch vorgeworfen. Dabei betonen beide Vorinstanzen, dass die Ursache dieser Vorwürfe nicht auf A. selbst, sondern auf seine Mutter zurückgeht (Schulrat: «Im vorliegenden Verfahren geht es ... darum, das Verhalten von A., welcher ... das uneinsichtige, unkooperative und missbräuchliche Verhalten seiner Mutter mitträgt, zu sanktionieren und einen geordneten Schulbetrieb aufrecht zu erhalten» [Verfügung vom 26. August 2004, S. 2 erster Abschnitt a.E.]; RSA: «Nach Meinung der RSA trägt ... eindeutig die Mutter des Schülers die Verantwortung dafür, dass ihr Sohn den Unterricht nicht vollständig besuchte, und be-

sonderen Schulveranstaltungen fern blieb. Damit trägt sie auch die Verantwortung dafür, dass das Kindwohl jetzt durch den Schulausschluss beeinträchtigt wird».

Die gehäuften Absenzen bzw. Arbeitsverweigerungen von A. sind eine schwerwiegende Unkorrektheit. Von ihnen geht ein beträchtliches Störpotenzial auf die Schulklasse und ihre Lehrkräfte aus. Der Vorwurf an den 14-jährigen Knaben, einem obstruktiven Bestreben seiner Mutter nachgegeben zu haben, Unterricht und Schulveranstaltungen nicht zu besuchen, ist aber nach dem oben Gesagten (Ziff. 3 Bst. b) kein ausreichender Grund, gegenüber ihm die schärfste Disziplinar-massnahme des Schulausschlusses anzuordnen. A. steht unter der uneingeschränkten elterlichen Sorge seiner Mutter und damit in einem grundlegenden Abhängigkeitsverhältnis zu dieser. Von ihm kann somit nicht erwartet werden, dass er sich von ihren Ansinnen distanziert, zumal sie diese mit einer Energie und Renitenz verfolgt, ob der aktenkundig selbst versierte Schul- und Gemeindebehörden ratlos geworden sind. Der mit dem disziplinarischen Schulausschluss verbundene Eingriff in das verfassungsmässige Recht von A. bzw. in seine entsprechende Pflicht zum Besuch der öffentlichen Volksschule ist weder durch das Volksschulgesetz des Kantons St.Gallen gedeckt, noch sind dafür die Voraussetzungen eines vorrangigen öffentlichen – d. h. das persönliche Interesse an der Beschulung überwiegenden – Interesses und der Verhältnismässigkeit erfüllt. Der vorinstanzliche Rekursentscheid vom 8. November 2004 und die Verfügung des Schulrates vom 26. August 2004 sind daher aufzuheben. Damit erübrigt es sich, den Behauptungen der Rekurrentin nachzugehen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei durch die Vorinstanzen verletzt worden, und auch die Frage, ob der Schulrat B. vor Erlass seiner Verfügung die Verfahrensvorschrift von Art. 14 VVU eingehalten hat, braucht nicht mehr beantwortet zu werden.

5. a) Bei diesem Verfahrensergebnis bleibt die Verantwortung des Schulrates für die Beschulung von A. bestehen. A. ist spätestens auf Beginn des zweiten Semesters des Schuljahres 2004/05 grundsätzlich wieder in die Oberstufe zu integrieren. Wenn dabei dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass er die Probezeit der zweiten Sekundarklasse nicht bestanden hat (Schreiben des Schulrates B. vom 11. November 2004 an die Rekurrentin), so bietet sich nach Art. 7 Abs. 1 des Promotions- und Übertrittsreglementes vom 25. Juni 1997 (SchBl 1997 Nr. 7) die Alternative zwischen einem Übertritt in die zweite Realklasse oder der Wiederholung der ersten Sekundarklasse an. Diesbezüglich sprechen die offensichtlich intakte Leistungsfähigkeit von A., die sich bis vor Jahresfrist in ansprechenden Noten niedergeschlagen hat, und sein grundsätzlich korrekter Umgang eher für eine Klassenrepetition in der Sekundarschule. Die entsprechende Disposition liegt indessen in der Verantwortung des Schulrates.

b) Als dritter Weg wäre grundsätzlich auch ein auswärtiger Schulbesuch aus besonderem Grund und gegen Schulgeldzahlung der Schulgemeinde nach Art. 53 VSG denkbar. Diesbezüglich bleibt jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht in Erinnerung ruft, der Rekursentscheid des Präsidenten des Erziehungsrates vom 19. Au-

gust 2004 vorbehalten (ERB 2004/460). Darin wurde der besondere Grund für einen auswärtigen Schulbesuch zum damaligen Zeitpunkt unter Hinweis darauf verneint, dass sich die Schulprobleme von A. wegen ihrer Ursache im Verhalten der Mutter auch an einen auswärtigen Schulort fortpflanzen würden und mithin für A. bei einem auswärtigen Schulbesuch nichts gewonnen wäre. Dessen ungeachtet könnte der Schulrat seine vom Präsidenten des Erziehungsrates am 19. August 2004 geschützte Verfügung vom 19. Februar 2004 widerrufen, wenn er die Interessenlage von A. seit Sommer 2004 als insoweit verändert einschätzen würde, als eine Beschulung in B. nicht nur wegen des Verhaltens der Mutter schwierig, sondern auf Grund der seitherigen Entwicklung objektiv unzumutbar geworden ist.

6. a) Es ist unübersehbar, dass die Beschulung von A. in der öffentlichen Volksschule auf Grund der schwierigen Situation des Knaben im Elternhaus kompliziert ist und bis zu einem gewissen Mass weiterhin den Schulbetrieb stören kann. Unabhängig vom vorliegenden Rekursentscheid ist das Bemühen der Vorinstanzen und vor allem der Lehrkräfte anzuerkennen, für den Sohn der Rekurrentin das Beste zu wollen. Nachdem sich der disziplinarische Schulausschluss als rechtlich nicht haltbar herausstellt, sind die entsprechenden Anstrengungen innerhalb der Schule fortzusetzen.

b) Indessen ist abermals zu betonen, dass die Ursache für die Schulprobleme von A. im Elternhaus bzw. in der mütterlichen Erziehung liegt. Primäre Aufgabe der Schule ist nicht die Erziehung der ihr anvertrauten Kinder, sondern deren Unterricht. Bei massiven Erziehungsdefiziten in der Familie der vorliegenden Art ist es nicht an der Schule, sondern an den Organen der Familienaufsicht, einzuschreiten. Insoweit trifft nicht den Schulrat der Schulgemeinde B., sondern die Vormundschaftsbehörde der politischen Gemeinde B. die erstrangige Verantwortung für die Lösung von A.'s Problemen. Es ist erstellt, dass die Rekurrentin ihren Sohn systematisch am Besuch der obligatorischen Volksschule und damit an der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts und einer entsprechenden Pflicht hindert. Damit erfüllt sie offenkundig den Tatbestand der Gefährdung der Interessen ihres Kindes nach Art. 50 des EG zum ZGB. Die Schulseite hat bereits im Sommer 2004 entsprechende Meldung an die Vormundschaftsbehörde gemacht (vgl. ERB 2004/460). An dieser Stelle ist nachzudoppeln. Es erstaunt, dass in der Zwischenzeit trotz Eskalation noch immer keine zivilrechtlichen Massnahmen getroffen worden sind. Die zögerliche Haltung der Vormundschaftsbehörde, wie sie insbesondere im Mail vom 19. Oktober 2004 an den Präsidenten der Vorinstanz zum Ausdruck kommt, ist nicht verständlich. In diesem Zusammenhang ist dem Schulrat (Ausführungen am Ende der Stellungnahme vom 21. Januar 2005) beizupflichten. Seitens der Vormundschaftsbehörde B. sind nunmehr dringend familienrechtliche Kinderschutzmassnahmen für A. angezeigt. Ihr Aktivwerden kann nicht von einem Schulausschluss gegenüber dem Knaben abhängig gemacht werden und sich auch nicht in dessen «schulischer Umplatzierung» in eine Nachbargemeinde erschöpfen.

**92**

*Art. 61 Abs. 1 VSG (sGS 213.1).* Die Gesellschaft und die Schulkinder haben ein Interesse daran, von Lehrkräften ohne manifestes Interesse an Kinderpornografie unterrichtet und erzogen zu werden. Dieses öffentliche Interesse geht dem privaten Interesse der Lehrkraft, ungeachtet seiner persönlichen Interessenlage, den Lehrerberuf ausüben zu können, vor.

*Erziehungsrat, 16. Februar 2005*

Aus den Erwägungen:

1. Der Erziehungsrat kann die Wahlfähigkeit der Lehrkraft durch Vermerk im Lehrdiplom ausschliessen, wenn die Eignung für die Lehrtätigkeit fehlt (Art. 61 Abs. 1 VSG).

2. Der Lehrer hat durch seine Tätigkeit und durch sein Vorbild die Erfüllung des Erziehungs- und Bildungsauftrags zu fördern und den Unterricht nach den Vorschriften der Gesetzgebung, des Lehrplans und den Weisungen der Schulbehörde zu erteilen (Art. 76 Abs. 1 erster Satz VSG). Diese Vorschrift spricht nicht nur den Berufsauftrag, sondern auch das Umfeld des Berufs bis ins Privatleben hinein an. Dies ergibt sich aus dem gesellschaftlichen Wertkonsens zur Kindererziehung im Allgemeinen und zur Aufgabe der Schule im Besonderen. Daraus verlangt die zitierte Norm das Vorbild der Lehrkraft und implizit die Achtung der Persönlichkeit der Kinder und Jugendlichen durch diese. Beides zeichnet den Lehrerberuf gegenüber anderen Berufen aus: Die Lehrkraft übernimmt im öffentlichen Auftrag Mitverantwortung für die Ausbildung und Erziehung der ihr anvertrauten, vom privatrechtlichen Ausgangspunkt her in der Erziehungsverantwortung der Eltern stehenden jungen Menschen. Sie ist öffentliche Person, stellt sich als solche in den Dienst der Jugend und ist für diese, auf der Grundlage von zwischenmenschlichem Respekt über die Generationen hinweg, Vorbild. Vorbild sein heisst, sich vorbildlich verhalten. Vorbildlichkeit und Achtung der Persönlichkeit sind aber unteilbare Charaktereigenschaften. Sie haben sich ausserhalb des Berufs ebenso wie innerhalb desselben zu entfalten. Unter dem Aspekt der Grundrechte wird insoweit die persönliche Freiheit der Lehrkraft durch übergeordnete öffentliche Interessen in einen sogenannten Sonderstatus eingegrenzt (vgl. Bildung im Kanton St.Gallen – eine Investition in die Zukunft, St.Gallen 2004, S. 304/305).

3. a) Wird gegen einen Lehrer ein Strafverfahren wegen unerlaubter Pornografie, namentlich wegen Kinderpornografie, durchgeführt, so stellt sich im Licht seines Berufsauftrags und des von ihm verlangten Verhaltens die Frage nach seiner weiteren Berufseignung bzw. nach dem Weiterbestand seiner Wahlfähigkeit. Diese Frage ist in einem administrativen, schulrechtlichen Verfahren zu prüfen.

b) Das Strafverfahren und das Administrativverfahren haben unterschiedliche Rechtsgrundlagen und sind voneinander unabhängig. Insbesondere verbietet etwa selbst der Freispruch eines Lehrers im Strafverfahren dem Erziehungsrat den Aus-

schluss der Wahlfähigkeit nicht, soweit ein solcher aus schulischer Sicht dennoch geboten ist und vor Verfassung und Gesetz Stand hält. Dies ist insoweit relevant, als es für die Lehrkraft mit Blick auf das von ihr verlangte Vorbild nicht genügt, dass sie sich nicht strafbar macht; von ihr ist, soweit die Gesellschaft ihr Verhalten mit Blick auf ihre berufliche Stellung würdigen wird, mehr als ein gerade noch nicht strafbares Verhalten zu fordern. So ergibt sich für die Lehrkraft eine Tabuzone zwar straffreien, mit Blick auf ihren Beruf aber immer noch nicht korrekten Verhaltens (vgl. a. a. O., S. 306). Um so ernsthafter ist der Ausschluss der Wahlfähigkeit gegenüber einem Lehrer zu prüfen, der strafrechtlich nicht freigesprochen, sondern schuldig gesprochen und verurteilt worden ist.

c) Trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit des Straf- und des Administrativverfahrens ist es in einer Angelegenheit wie der vorliegenden angezeigt, die Sachverhaltsermittlung der Strafuntersuchungsbehörden als Basis für die verwaltungsrechtliche Würdigung nutzbar zu machen. Aus diesem Grund ist mit der Verfügung über den Ausschluss der Wahlfähigkeit bis zum Vorliegen des Strafbescheids zugewartet worden.

d) Im Übrigen treffen sich der Straftatbestand des Verbots der Kinderpornografie und der schulrechtliche Tatbestand des Ausschlusses der Wahlfähigkeit wegen Nichteignung für den Lehrerberuf auf der Ebene der geschützten Rechtsgüter. Insoweit ist im vorliegenden Verfahren beachtlich, dass das Bundesgericht mit Urteil vom 5. Oktober 2004 (6S. 186/2004/pai) erwogen hat, dass als zentrales Rechtsgut des Verbots von Kinderpornografie in Art. 197 Ziff. 3 StGB die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen erscheint. Daneben fällt laut Bundesgericht in Betracht, dass sich die im Straftatbestand genannten Darstellungen und Vorführungen auf den Verbraucher korrumpierend auswirken können und mithin geeignet sind, beim Betrachter unter anderem die Bereitschaft zu erhöhen, das Geschehen selbst nachzuahmen. In diesem Sinn weckt der Konsum kinderpornografischer Erzeugnisse die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte und schafft den finanziellen Anreiz zur Begehung von Straftaten. Insofern trägt er mittelbar zum sexuellen Missbrauch von in entsprechenden Machwerken zur Schau gestellten Kindern bei. Die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 3 StGB will daher insbesondere auch die potentiellen «Darsteller» harter Pornografie vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung bewahren (vgl. Erw. 1.2, zweiter Abschnitt der Erwägungen zum zitierten Entscheid). Das Verfahren zur Prüfung des Ausschlusses der Wahlfähigkeit eines Lehrers, der Kinderpornografie konsumiert, zielt somit nicht nur darauf, eine qualifiziert unvorbildliche Person vom Lehrerberuf abziehen, um die Glaubwürdigkeit der Schule und des Berufsstandes der Lehrkräfte zu sichern (siehe oben Ziff. 2), sondern auch darauf, die unterrichteten Schulkinder vor einer latenten Gefährdung ihrer Integrität zu bewahren.

4. Es steht als Ergebnis der Strafuntersuchung fest und wird von A. nicht bestritten, dass ein Teil der bei ihm beschlagnahmten Datenträger und Unterlagen pornografische Bilder und Filme enthalten. ...

A. räumt mit Blick auf seine Vorbildfunktion als Lehrer ein, dass er Grenzen überschritten habe. Wer wie A. als Lehrer aus einer persönlichen Interessenlage heraus über mehrere Jahre kinderpornografisches Film- und Bildmaterial konsumiert bzw. besitzt, handelt in der Tat – und unbesehen seiner Gesinnung und letztendlichen Motive – in schwerer Weise gegen seine Vorbildfunktion als Pädagoge und gegen seine Berufung, die Schülerinnen und Schüler als Persönlichkeiten zu achten (vgl. Ziff. 2 vorstehend). Auf Grund des Umstandes, dass A. entsprechende Filme und Bilder über mehrere Jahre wiederholt konsumiert hat, geht zumindest latent eine Gefährdung der ihm anvertrauten Schülerinnen und Schüler aus (Ziff. 3 Bst. d vorstehend). Der Bezug von Kinderpornografie, insbesondere gegen Bezahlung, wiegt schwer, da dadurch dem Missbrauch von Kindern Vorschub geleistet wird. ... Es darf den Schulkindern nicht mehr zugemutet werden, von ihm mit seinem persönlichen Hintergrund unterrichtet und miterzogen zu werden. Seine Wahlfähigkeit ist daher durch Vermerk im Lehrdiplom auszuschliessen.

5. Der Ausschluss der Wahlfähigkeit von A. läuft auf ein Berufsverbot als Lehrer hinaus. Ein Berufsverbot stellt einen empfindlichen Eingriff in das verfassungsmässige Recht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; Art. 2 Bst. u KV) dar. Ein solcher Eingriff bedarf neben der gesetzlichen Grundlage in Art. 61 VSG eines vorrangigen öffentlichen Interesses und muss zudem verhältnismässig sein.

a) Dass das öffentliche Interesse der Gesellschaft bzw. der Schuljugend, von Lehrern ohne manifestes Interesse an Kinderpornografie unterrichtet und erzogen zu werden, dem privaten Interesse des Lehrers, ungeachtet seiner persönlichen Interessenlage den Lehrerberuf ausüben zu können, vorgeht, liegt nach den oben stehenden Erwägungen (Ziff. 2, Ziff. 3 Bst. d und Ziff. 4) auf der Hand und bedarf keiner näheren Begründung.

b) Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist zunächst zu fragen, ob gegenüber A. eine mildere Massnahme als das Berufsverbot zur Verfügung und zu Gebot steht, mit welcher der Anspruch der Kinder und ihrer Eltern auf Beschulung durch einen Lehrer ohne willentlichen Kontakt zu Kinderpornografie erfüllt werden kann. Da das Berufsverbot in der Schule durch die Nichteignung für den Lehrerberuf definiert ist, ist konkret danach zu fragen, welcher Weg dazu führen könnte, A. trotz seines offenbaren Interesses an Kinderpornografie als für den Lehrerberuf (weiterhin bzw. von neuem) geeignet zu betrachten. Als solcher stünde allenfalls eine professionelle Psychotherapie mit dem abschliessenden Attest offen, das Interesse von A. an Kinderpornografie könne als erloschen betrachtet werden. Die für eine solche Therapie als Ausgangslage vorauszusetzende Einsicht in die Unbotmässigkeit seines Tuns ist bei A. zwar gegeben. Sie allein kann jedoch nicht dazu führen, dass heute auf den Ausschluss der Wahlfähigkeit verzichtet wird. Alternativen zum Ausschluss der Wahlfähigkeit gibt es zur Zeit nicht. Die Eignung für den Lehrerberuf ist unteilbar und lässt sich nicht von Bedingungen abhängig machen oder durch Auflagen flankieren; sie ist entweder zu bejahen oder zu verneinen. Der Ausschluss der Wahlfähigkeit von A. ist

zum Schutz des Schullebens und der Gesellschaft nach dem derzeitigen Stand der Dinge unabdingbar.

Indessen besteht für A. für den Fall, dass sich die Verhältnisse durch eine erfolgreiche Therapie der beschriebenen Art grundlegend geändert haben sollten, unpräjudizierlich die Möglichkeit, nach Art. 61 Abs. 2 VSG ein Gesuch um Ausstellung eines Lehrdiploms ohne Vermerk zu stellen. Der Ausschluss der Wahlfähigkeit hat insoweit nicht absoluten Charakter. Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird dadurch auf der Ebene der Erforderlichkeit hinreichend Rechnung getragen.

c) Der Wahlfähigkeitsausschluss steht sodann auch nicht in einem Missverhältnis zu seinem Zweck: Ein Berufsverbot im erlernten und bislang ausgeübten Lehrerberuf ist zwar einschneidend. Indessen entspricht es der Lebenserfahrung, dass die Lehrerausbildung auch generalistische Komponenten hat und ausgebildete Lehrkräfte in die Lage versetzt, bei Interesse oder Bedarf anderen Erwerbstätigkeiten nachzugehen. Insoweit ist das berufliche Fortkommen von A. durch den Ausschluss seiner Wahlfähigkeit als Lehrer wohl empfindlich erschwert, nicht jedoch absolut verunmöglicht.

d) Nach dem Gesagten hält die zu verfügende Massnahme mit Blick auf ihre Qualität als Grundrechtseingriff vor den Kriterien des überwiegenden öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit Stand.

## 93

*Art. 6 VDL (sGS 213.14).* Das Fachlehrer-System hat für die Primarschule im Gegensatz zur Stellenteilung (sogenanntes Job-Sharing) keine gesetzliche Grundlage.

*Erziehungsrat, 17. März 2004 (vgl. GVP 2005 Nr. 88)*

Sachverhalt:

In der Primarschule der politischen Gemeinde T. wurde während geraumer Zeit das sogenannte «Fachlehrersystem» dergestalt praktiziert, dass zwei hauptamtliche Lehrkräfte ihren Einsatz auf zwei Klassenzüge aufteilten. Das Erziehungsdepartement hatte der Schulkommission T. im Auftrag des Erziehungsrates wiederholt signalisiert, dass das «Fachlehrersystem» in der Primarschule keine gesetzliche und auch keine pädagogische Grundlage besitzt. Zu Beginn des Schuljahres 2003/04 stellte sich heraus, dass die Schulverantwortlichen von T. vom Bezirksschulrat R. einen theoretischen, korrekten Stundenplan hatten genehmigen lassen (Klassenlehrersystem), in der Praxis indessen einem zweiten, nicht korrekten und dem Bezirksschulrat nicht bekannten Stundenplan («Fachlehrersystem») nachleb-

ten. Der Erziehungsrat sah sich schliesslich veranlasst, gegenüber der Schulkommission T. eine aufsichtsrechtliche Anordnung zu erlassen.

Aus den Erwägungen:

1. Ein «Fachlehrersystem» im Sinn von Bst. A vorstehend hat für die Primarschule keine gesetzliche Grundlage. Der Lehrplan samt Stundentafeln sowie nachgeordneten Weisungen zum Abteilungsunterricht und zur Klassenbildung (SchBl 1997 Nr. 2 und 2000 Nr. 6) setzen im Gegenteil das Klassenlehrersystem voraus: Ausgehend vom Grundgedanken, dass in der Primarschule das pädagogische Handeln der Lehrkraft über deren Fachwissen steht, obliegt der Unterricht zumindest in den drei Kernfächern Deutsch, Mensch und Umwelt sowie Mathematik (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Promotions- und Übertrittsreglementes, SchBl 1997 Nrn. 7 und 9) grundsätzlich einer einzigen Lehrkraft. Dies aus folgenden exemplarischen Gründen:

a) Zwischen den Kernfächern Deutsch, Mensch und Umwelt sowie Mathematik bestehen enge Zusammenhänge.

- Einerseits wurde mit dem Erlass des aktuellen Lehrplans im Jahr 1997 beim Basisfach Deutsch ein Lektionenabbau vorgenommen. Dieser Abbau wurde damit begründet und verantwortet, dass im neuen Kernfach Mensch und Umwelt viele Bereiche sprachlich bearbeitet werden, womit indirekt eine ausreichende Stundendotation im Sprachbereich gegeben und der Erwerb der eminent wichtigen Sprachkompetenz gesichert ist. Logische Voraussetzung für die entsprechende «Immersion» ist indessen lehrerseitig die Personalunion beim Unterricht in beiden Fächern.

- Andererseits sind beim Übertritt in die Oberstufe primär die beiden Kernfächer Deutsch und Mathematik selektionswirksam. Somit müssen die in diesen Fächern erbrachten Leistungen nach gleichen Massstäben bewertet werden. Auch dies setzt Unterricht durch eine einzige Person voraus.

b) Der geltende Lehrplan sieht offene Unterrichtsformen und Stundentafeln vor. Die entsprechende Flexibilität kann nur im Klassenlehrersystem zum Tragen kommen. Der fächerbezogene Wechsel der Lehrkräfte würde rigide Lektionspläne erfordern. Diese würden es verunmöglichen, Unterrichtseinheiten aus einem pädagogisch-didaktischen Bedürfnis heraus spontan zu verlängern oder umzustellen.

c) Die St.Galler Volksschule wendet bei der Umsetzung des Lehrplans 1997 ein ganzheitliches und förderorientiertes Beurteilungssystem an. Dieses stellt auf individuelle, sachliche und soziale Bezugsnormen ab (vgl. Weisungen zur Beurteilung in der Schule vom 24. Oktober 2001, SchBl 2001 Nr. 11). Es erfordert in der Primarschule die umfassende Kenntnis des Schulkindes in den verschiedenen Lernbereichen und Schulsituationen durch eine einzige, einem konstanten Massstab verpflichtete Lehrperson.

d) Der Vorrang des pädagogischen Handelns gegenüber dem Vermitteln von Fachwissen in der Primarschule ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem ergänzen-

den Erziehungsauftrag der öffentlichen Volksschule. Danach unterstützt die Schule die Eltern in der Erziehung des Kindes zu einem lebensbejahenden, tüchtigen und gemeinschaftsfähigen Menschen (Art. 3 Abs. 1 erster Satz des Volksschulgesetzes, sGS 213.1, abgekürzt VSG). Der Erziehungsauftrag der Schule ist zwar gegenüber ihrem Unterrichtsauftrag subsidiär. Er darf indessen mit Blick auf die gesellschaftliche Integrationsfunktion, welche der Schule zunehmend überantwortet wird, nicht geschwächt werden. Das «Fachlehrersystem» in der Primarschule würde indessen zwingend zu einer solchen Schwächung führen. Es hätte ein Splitting der Erziehungsverantwortung der Lehrkräfte zur Folge, welches durch die bloss formale Zuordnung der Klassenverantwortung zu einer der beiden (oder mehreren) Lehrkräfte nicht wettgemacht werden könnte. In der Primarschule ist es für die Schulkinder, aber auch für die Eltern wichtig, dass ihnen eine einzige Bezugs- und Ansprechperson zur Verfügung steht, die erzieherisch gegenüber den Spezialistinnen und Spezialisten aus den komplementären Fachbereichen (Handarbeit, Religion, integrierte Schülerförderung, Therapien usw.) Priorität hat.

e) Den Vorgaben des Lehrplans entsprechend wurden an den Lehrerseminaren Allrounderinnen und Allrounder ausgebildet (vgl. Reglement über die Promotion an den st.gallischen Lehrerseminaren [SchBl 1976, Nr. 3] und Reglement über die Diplomprüfung für Primarlehrer [SchBl 1984 Nr. 9], insbesondere bezüglich der vorausgesetzten Promotions- und Prüfungsfächer). Die Regierung hat am 11. August 1998 (RRB 1998/545a) festgehalten, dass auch an der neuen Pädagogischen Hochschule Rorschach Primarlehrkräfte – unter Vorbehalt der Abwahlmöglichkeiten im Rahmen des Wahlpflichtangebotes – grundsätzlich für sämtliche Fächer der Primarschule ausgebildet werden. Einschlägige Prüfungsvorschriften sind für die neu angelaufenen Lehrgänge in Vorbereitung. Die Ausbildung der Primarlehrkräfte steht damit in einem markanten Gegensatz zur Lehrerbildung für die Sekundarschule (bisher) bzw. für die Oberstufe als ganzes (neu) (vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Pädagogische Hochschule, sGS 215.2, und gestützt darauf die Prüfungsordnung des sprachlich-historischen Ausbildungsgangs für Sekundarlehrer an der Pädagogischen Hochschule [SchBl 1982, Nr. 10] sowie die Prüfungsordnung des mathematisch-naturwissenschaftlichen Ausbildungsgangs für Sekundarlehrer an der Pädagogischen Hochschule [SchBl 1982, Nr. 10]; Abschnitt I Art. 3 des Kantonsratsbeschlusses über die Änderung des Gesetzes über die Pädagogische Hochschule vom 3. April 2003, sGS 215.20). Erst auf der Oberstufe ist die fachwissenschaftliche Spezialisierung der Lehrkraft stärker zu gewichten als die Betreuung der Schule durch eine einzige Bezugsperson.

2. a) Die Gesetzgebung sieht für den Kindergarten und die Primarschule die Möglichkeit vor, eine Lehrerstelle personenbezogen zu teilen (sog. Job Sharing). Im Job Sharing teilen sich zwei Lehrkräfte mit Teilpensum die Verantwortung für eine einzige Klasse. Das Job Sharing ist in der Anstellungsverfügung explizit zu verankern (Art. 6 der Verordnung über das Dienstverhältnis der Volksschul-Lehrkräfte, sGS 213.14).

Das Job Sharing ist gesellschaftspolitisch legitimiert: Es ermöglicht den Lehrkräften den Teilzeiterwerb, nach welchem insbesondere seitens berufstätiger Frauen eine grosse Nachfrage besteht, und stellt somit die Versorgung des Kindergartens und der Primarschule mit Lehrkräften sicher. Aus pädagogischer Sicht ist das Job Sharing grundsätzlich suboptimal, denn es bricht das Prinzip der einheitlichen Bezugsperson für Kinder und Eltern (s.o. Ziff.1 Bst. d) auf. Dieser Nachteil muss durch eine rechtlich vorgeschriebene gemeinsame Klassenverantwortung der beiden Partner-Lehrkräfte kompensiert werden. Die gemeinsame Klassenverantwortung erschöpft sich nicht in einer blossen Etikette für die Konstellation, dass zwei Lehrkräfte eine Klasse unterrichten, sondern sichert die Schulqualität unter besonderen Umständen. Sie bedeutet einen erheblichen Mehraufwand für beide Lehrkräfte im Umfeld des Unterrichts. Dieser Mehraufwand basiert formell auf der Berufspflicht der Lehrkraft zur Erfüllung der weiteren Aufgaben, die mit der Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, der Beratung und Betreuung der Schülerinnen und Schüler sowie der Zusammenarbeit mit deren Eltern verbunden sind (Art.77 Abs.1 Bst. b VSG). Im Alltag gilt er stillschweigend als Überschreitung des formellen Beschäftigungsumfangs beider Partner-Lehrkräfte, die zum Wohl der Klasse hinzunehmen und nicht abzugelten ist. Zum Gelingen eines Job Sharings haben beide Partner-Lehrkräfte einen nicht zu unterschätzenden Anteil «Fronarbeit» zu leisten.

b) Das Job Sharing verlangt begrifflich keine Aufteilung der Kernfächer (vgl. Ziff. 1 Bst. a oben); die Partner-Lehrkräfte können auch eine Pensenaufteilung dergestalt organisieren, dass beide Teile alle Kernfächer unterrichten. Es ist jedoch in Kauf zu nehmen, dass in manchem Job Sharing den Bedürfnissen der Lehrkräfte entsprechend die Kernfächer aufgeteilt werden und damit im Ergebnis für eine einzige Klasse eine Konstellation entsteht, wie sie in T. für mehrere Klassen als Selbstzweck praktiziert wird. Auch diesfalls bleibt jedoch die gemeinsame Klassenverantwortung ausschlaggebend. Sie ist dann um so bedeutsamer, als das Job Sharing nicht nur mit den erwähnten erzieherischen Nachteilen, sondern darüber hinaus tendenziell auch mit Nachteilen im Unterricht behaftet ist (vgl. oben Ziff. 1 Bst. a bis c).

Daraus erhellt, dass das «Fachlehrersystem» der Gemeinde T. nicht mit dem Job Sharing nach der Schulgesetzgebung verglichen oder durch dieses gar legitimiert werden kann. Zwei Lehrkräfte, welche den Unterricht in den Kernfächern in zwei Klassen unter sich aufteilen, nehmen die für ein Job Sharing verlangte, formell verbrieft gemeinsame Klassenverantwortung nicht wahr. Sie wären dazu gar nicht in der Lage, weil hypothetisch jede Lehrkraft vor dem Hintergrund eines Unterrichtspenums von 100 statt 50 Prozent den beschriebenen Mehraufwand für zwei Klassen statt eine Klasse leisten müsste. Zwei Stellenteilungen im Sinn der Gesetzgebung lassen sich nicht zu einem «doppelten Job Sharing» addieren. Dieses Schlagwort ist irreführend, denn es suggeriert eine objektiv unmögliche Konstellation.

3. Unbehelflich ist das Argument des Gemeindepräsidenten und Präsident-Stellvertreters der Schulkommission, eine Klassenorganisation nach den kantonalen

Richtlinien hätte in T. zwingend einen jährlichen Lehrerwechsel für die Kinder zur Folge. Die Zuteilung von Fächern und die Zuteilung von Klassen an die Lehrkräfte sind voneinander unabhängig. Dies trifft auch auf eine Schule zu, die wie T. tiefe Klassenbestände aufweist. In solchen kann sich zwar unter Umständen die Notwendigkeit ergeben, die Lehrkräfte öfter zu wechseln als in einer grösseren Schule. Dieses Risiko besteht indessen grundsätzlich auch bei einem «Fachlehrersystem», abgesehen von zufälligen «Wiederbegegnungen» nach der Neubildung von Klassen. Entsprechend hat sich in den übrigen Kleinschulen des Kantons St.Gallen, die in der gleichen Situation sind wie T., keine Notwendigkeit der Abkehr vom Klassenlehrersystem ergeben. Der besonderen Situation von T. mit Bezug auf die Klassenbestände kann im Übrigen Rechnung getragen werden, indem beim Auslaufen eines «1½-Klassen-Systems» als gesetzlicher Ausnahmetatbestand eine zu kleine 6. Klasse toleriert wird.

4. Nachdem die Schulkommission bzw. der Gemeindepräsident und Präsident-Stellvertreter der Schulkommission von T. trotz Aussprachen, Ermahnungen und Disziplinarverfahren wiederholt explizit deutlich gemacht hat, dass vom rechtswidrigen «Fachlehrersystem» nicht abgewichen werde, ist für das Schuljahr 2004/05 aufsichtsrechtlich eine rechtskonforme Stundenplanung für die Primarschule T. durchzusetzen.

Die gegenüber T. zu verfügenden Rahmenbedingungen sind die folgenden:

- Grundsätzlich gilt, dass die optimale Bildung der Klassen gegenüber der Zuteilung auf die Lehrkräfte und deren Präferenzen Vorrang hat.
- In der Primarschule wird in der Regel in Jahrgangsklassen unterrichtet. Zusammenlegungen von bis zu drei Jahrgängen können pädagogisch oder organisatorisch begründet sein.
- Die Zuteilung der Klassen an die Lehrkräfte erfolgt nach dem Prinzip, dass eine Lehrperson möglichst ihr ganzes Pensum an der gleichen Klasse unterrichtet. Wenn eine Lehrperson kein volles Pensum unterrichtet, soll die Klassenverantwortung nicht auf mehr als zwei Lehrpersonen aufgeteilt werden.
- In der Primarschule gibt es bei den Lehrkräften keine Spezialisierung in sprachliche oder mathematisch-naturwissenschaftliche Richtung.
- Bei Klassen mit unter den Vorschriften liegenden Beständen ist eine der folgenden Massnahmen zu treffen: Bildung von jahrgangsgemischten Klassen, Einholen einer Bewilligung beim Amt für Volksschule (verbunden mit Pensumreduktion), Zusammenarbeit mit anderen Schuleinheiten oder Schulgemeinden.

**94**

*Art. 34 ff. UG (sGS 217.11).* Die Abgabe einer Semesterarbeit, die sich als Plagiat erweist, rechtfertigt den disziplinarischen Ausschluss von sämtlichen Lehrveranstaltungen im laufenden Semester.

*Präsident des Universitätsrates, 29. Juli 2005*

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 34 UG sind Teilnehmer an Lehrveranstaltungen und Bewerber für die Zulassung zur Universität disziplinarisch verantwortlich. Nach Art. 39 UG i.V. m. Art. 8 DG kann ein Disziplinarfehler nur verfolgt werden, wenn die Disziplinarbehörde die Untersuchung innert dreier Monate anordnet, nachdem ihr Disziplinarfehler und der Fehlbare bekannt geworden sind. Vorliegend ist diese Frist eingehalten.

Einen Disziplinarfehler begeht nach Art. 36 UG, wer schuldhaft gegen die Ordnung der Universität verstösst.

Als Plagiat bezeichnet man den «Diebstahl geistigen Eigentums; unbefugtes Benutzen urheberrechtlich geschützter Werke einschliesslich der Zitate ohne Quellenangabe» (Metzger Peter, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Hauptverlag, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 438). Ein Plagiat schreibt mit andern Worten, wer sich in Täuschungsabsicht als Urheber einer geistigen Arbeit ausgibt, die er widerrechtlich von einem andern Autor übernommen hat. Stets dann, wenn ein fremder Text oder anderes fremdes Gedankengut in die eigene Arbeit Aufnahme findet, muss unmissverständlich auf die Quelle hingewiesen werden (Forstmoser/Ogurek, Juristisches Arbeiten, Zürich 2003, S. 39). «Auch andere Formen der Verwendung fremden Gedankenguts – etwa die Vorlagen getreuer Übernahme eines fremden Aufbaus – unterliegen der Zitierpflicht (...) schlichtes Abkupfern ohne Quellenangabe ist daher grundsätzlich als Plagiat zu werten» (Forstmoser/Ogurek, a. a. O., S. 47).

Im vorliegenden Fall gesteht der Rekurrent selber ein, dass seine Seminararbeit als Plagiat zu qualifizieren ist. Ihm ist daher nach Art. 36 Bst. c UG eine Unehrllichkeit vorzuhalten.

Die Disziplinar massnahmen sind in Art. 37 Abs. 1 UG abschliessend aufgezählt. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung können sie miteinander verbunden werden. Welche Massnahme zu verhängen ist, hat die DK nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Art der Massnahme richtet sich nach dem Verschulden, dem bisherigen Verhalten des Betroffenen sowie dem Umfang und der Bedeutung der verletzten oder gefährdeten Hochschulinteressen (Art. 7 Abs. 2 DG).

Das Verschulden von B. wiegt schwer. Als Absolvent der ETH und Student des achten Semesters an der HSG ist er mit den Regeln hinsichtlich Verfassen einer wissenschaftlichen Arbeit vertraut. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, musste er insbesondere wissen, dass die Redlichkeit die Angabe sämtlicher Quellen in einer schriftlichen Arbeit verlangt. Die Leserin bzw. der Leser soll erfahren, aus

welchen Quellen der Autor sein Wissen schöpft; insbesondere inwieweit der Autor sich auf fremde Darstellungen und Ansichten stützt oder eigene Positionen entwickelt (Forstmoser/Ogurek, a. a. O., S. 38). Die wörtliche oder lediglich redaktionell veränderte Übernahme von Textstellen eines anderen Autors verlangt ein an Ort und Stelle angebrachtes, genaues Zitat der Quelle; exakt wörtlich übernommene Stellen sind in Anführungs- und Schlusszeichen zu setzen (Oftringer/Forstmoser/Schluëpp/Müller, Vom Handwerkszeug des Juristen und von seiner Schriftstellerei, Zürich 1986, S. 186).

Positiv zu gewichten ist, dass der Rekurrent seinen Fehler ohne Zögern eingestanden hat und ihn ausdrücklich bereut. Seitens der HSG besteht andererseits ein grosses Interesse, dass ihre Absolventen die verlangten Arbeiten in allen Teilen ehrlich erstellen. Dieses Interesse ist in den letzten Semestern vor der Abschlussprüfung besonders zu gewichten. Zusammenfassend hat der Rekurrent durch sein Verhalten das ihm als Akademiker entgegengebrachte Vertrauen verletzt. Die Vorinstanz hat den Rekurrenten in Würdigung sämtlicher Umstände gestützt auf Art. 37 Abs. 1 Bst. f. UG zu Recht mit sofortiger Wirkung von Lehrveranstaltungen des laufenden Sommersemesters 2005 ausgeschlossen. Die Verfügung der Vorinstanz erweist sich zusammenfassend als vertretbar und ist nicht zu beanstanden. Die schwerere Sanktion erscheint insbesondere auch deshalb angemessen, weil angesichts der Grösse seines Verschuldens auch ein längerer Ausschluss von den Lehrveranstaltungen der Universität durchaus angemessen erschiene. Die Vorinstanz berücksichtigte indessen die besondere Studiensituation des Rekurrenten und räumt ihm mit der verhängten Disziplinar massnahme die Möglichkeit ein, die Schlussprüfung noch nach alter Studienordnung im Frühjahr 2006 abzulegen. Entgegen der Annahme des Rekurrenten stellt im Übrigen das Nichtvorhandensein einer Wiederholungsmöglichkeit nach altem Recht keine Verletzung des Prinzips der Rechtsgleichheit dar. Der Schutzbereich der Rechtsgleichheit erstreckt sich lediglich auf gleichgelagerte, einschlägige oder vergleichbare Fälle. Dass der Rekurrent gerade seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben hat, dass er von den Lehrveranstaltungen des laufenden Sommersemesters 2005 ausgeschlossen worden ist, liegt eben gerade nicht ein vergleichbarer Fall vor, der von der gleichen Behörde ohne sachlichen Grund ungleich behandelt wird.

Der Rekurs ist abzuweisen.

## 4. Gewerbe

---

### 95

*Art. 7 Bst. c und Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG (sGS 553.1).* Die wiederholte Verletzung von Vorschriften der Betäubungsmittelgesetzgebung rechtfertigt nicht ohne weiteres eine Verweigerung des Gastwirtschaftspatents. Es ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine solche Verweigerung verhältnismässig ist. Unverhältnismässig ist sie, wenn sich der Konsum von Betäubungsmitteln nicht negativ auf die Fähigkeit des Patentinhabers auswirkt, die gastwirtschaftsrechtlichen Vorschriften einzuhalten.

*Volkswirtschaftsdepartement, 8. April 2005*

#### Sachverhalt

Die Gemeinde X. verweigerte Y. die Erteilung eines Gastwirtschaftspatents, weil dieser im Jahr zuvor wegen mehrfacher Übertretung des BetmG verurteilt worden sei und daher keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung biete.

#### Aus den Erwägungen:

3. Das öffentliche Interesse gebietet, die Gefährdung schützenswerter Polizeigüter, welche durch schlecht geführte Gastwirtschaftsbetriebe entstehen kann, von vornherein zu verhindern. Es geht in erster Linie darum, Personen, bei denen eine Gefährdung von Polizeigütern voraussehbar oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu vermuten ist, von der Führung eines Gastwirtschaftsbetriebs auszuschliessen. Die persönlichen Eigenschaften eines Gesuchstellers sind auf diesen Zweck hin zu prüfen.

a) Nach Art. 7 GWG wird das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig (Bst. a), charakterlich geeignet (Bst. b) und zur Nutzung des Betriebs berechtigt ist (Bst. d) sowie Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet (Bst. c).

b) Vorliegend ist einzig umstritten, ob der Rekurrent Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet. Solche Gewähr bietet nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG insbesondere, wer in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder in schwerwiegender Weise Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechts oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt hat.

4. Laut Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 12. Januar 2005 wurde der Rekurrent am 3. September 2004 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln und mehrfacher BetmG-Übertretung zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 14 Tagen (Probezeit: 2 Jahre) und zu einer Busse von Fr. 600.–

verurteilt. Gemäss dem Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 3. September 2004 lenkte der Rekurrent am Abend des 28. Mai 2004 seinen Personenwagen von W. auf der Autobahn nach Zürich, wo ihn die Stadtpolizei Zürich kontrollierte. Dabei wurde als Folge der Wirkung von Cannabis eine herabgesetzte Fahrfähigkeit des Rekurrenten festgestellt. Der Rekurrent gab ferner zu, in der Zeit vom 4. September 2003 bis 4. September 2004 in W. zehnmal Haschisch konsumiert zu haben.

Der Rekurrent hat somit in den letzten zwei Jahren wiederholt BetmG-Vorschriften verletzt, weshalb offenbleiben kann, ob er solche Vorschriften auch in schwerwiegender Weise verletzt hat. Der Rekurrent erfüllt grundsätzlich den Tatbestand von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG. Es ist aber nachfolgend zu prüfen, ob die Verweigerung des Patentes angesichts der Art und Schwere der BetmG-Übertretung verhältnismässig ist.

5. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV fordert, dass die Verwaltungsmassnahme ein geeignetes und erforderliches Mittel darstellt, um das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, und dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen steht, die den Betroffenen auferlegt werden (Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, N. 581 ff.).

a) Das GWG enthält verschiedene Bestimmungen – wie Art. 8 Abs. 1 Bst. b, Art. 12 Bst. b und Art. 13 Abs. 2 GWG –, welche die Einhaltung des BetmG zum Ziel haben. Die Nichterteilung des Patentes für einen Betrieb ist im Sinn der präventiven Kontrolle grundsätzlich geeignet, diesen Bestimmungen Nachachtung zu verschaffen und gleichzeitig namentlich den Schutz der Polizeigüter der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit zu gewährleisten.

b) Die Nichterteilung des Patentes für einen Betrieb muss ferner mit Blick auf die Gewährleistung der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit erforderlich sein. Sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Die Massnahme darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen.

Es ist fraglich, ob aus der einmaligen Verurteilung des Rekurrenten abgeleitet werden kann, er werde die vorne erwähnten GWG- bzw. BetmG-Vorschriften nicht einhalten. Namentlich erscheint fraglich, ob die potentielle Gefährdung als derart schwerwiegend eingeschätzt werden muss, dass keine mildere Massnahme – etwa eine Befristung des Patentes im Sinn einer Probezeit – denkbar wäre. Die Frage kann jedoch offenbleiben, da jedenfalls die vollständige Verweigerung des Patentes – wie nachfolgend dargelegt wird – unverhältnismässig ist.

c) Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt auch, dass die Verwaltungsmassnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen steht, die dem Rekurrenten auferlegt werden. Die Nichterteilung des Patentes kommt faktisch einem Berufsverbot gleich und stellt daher für den Rekurrenten einen

schwerwiegenden Eingriff dar. Ein solcher Eingriff wäre nur gerechtfertigt, wenn eine erhebliche Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen bestehen würde.

Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu, da – wie oben ausgeführt – schon fraglich ist, ob überhaupt eine Gefährdung besteht. Es ist vielmehr festzuhalten, dass der Rekurrent neben der in Frage stehenden Verurteilung im schweizerischen Strafregister keine weiteren Einträge aufweist. Ferner finden sich in den Akten keine Hinweise darauf, dass sich der gelegentliche Haschisch- bzw. Cannabiskonsum des Rekurrenten negativ auf seine Fähigkeit als Patentinhaber bzw. die Einhaltung der gastwirtschaftsrechtlichen Vorschriften ausgewirkt hat. Dem Rekurrenten wurden im Gegenteil während seiner langjährigen Tätigkeit im Gastgewerbe – teilweise auch als Patentinhaber – durchwegs positive Arbeitszeugnisse ausgestellt, welche in keiner Weise auf Widerhandlungen gegen das BetmG hindeuten. Schliesslich bestätigt ein ärztliches Zeugnis vom 28. Januar 2005, dass der Rekurrent seit Oktober 2004 drogenabstinent lebt. Die Verweigerung des Patentes ist deshalb aus gastwirtschaftsrechtlicher bzw. gewerbepolizeilicher Sicht nicht verhältnismässig.

d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die vollständige Verweigerung des Patentes unverhältnismässig ist. Der Rekurs ist dahingehend gutzuheissen, dass dem Rekurrenten ein im Sinn einer Probezeit befristetes Patent zu erteilen ist. Der angefochtene Beschluss vom 25. Januar 2005 ist deshalb aufzuheben und die Sache gestützt auf Art. 56 Abs. 2 VRP zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 96

*Art. 18 GWG (sGS 553.1). Verhältnis zwischen baurechtlich bewilligten Betriebszeiten und Schliessungszeiten nach dem Gastwirtschaftsgesetz.*

*Volkswirtschaftsdepartement, 24. Februar 2005*

### Sachverhalt

Die Öffnungszeiten des Restaurants X sind seit vielen Jahren Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Patentinhaber und den zuständigen Behörden. Ende 2004 erneuerte die Gemeinde Y das Patent für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2005 und legte den Beginn der Schliessungszeit an den Wochenenden auf 2<sup>00</sup> Uhr fest. Gegen diesen Beschluss erhob der Patentinhaber Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement.

Aus den Erwägungen

4. Angefochten ist einzig Ziff. 4 des vorinstanzlichen Beschlusses vom 21. Dezember 2004. Danach beginnt die Schliessungszeit im «X» – gestützt auf die Baubewilligung vom 21. November 2000 – an den Wochenenden um 2<sup>00</sup> Uhr. Der Rekurrent beantragt demgegenüber, Ziff. 4 des Beschlusses sei dahingehend abzuändern, dass die entsprechende Schliessungszeit wie bisher um 3<sup>00</sup> Uhr beginne.

a) Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedarf das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Baubewilligung. Bewilligungspflichtig sind nach Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG namentlich auch Zweckänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benützerkreises zur Folge haben. Zu den bewilligungspflichtigen Änderungen gehören – insoweit sie nicht bereits von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG erfasst sind – auch alle umweltrechtlich relevanten Änderungen von Anlagen im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG. Für solche Änderungen ist von Bundesrecht wegen ein Bewilligungsverfahren durchzuführen, welches die Parteirechte der beschwerdeberechtigten Nachbarn nach Art. 54 USG wahrt. Das hierzu geeignete Verfahren ist grundsätzlich das Baubewilligungsverfahren. Mithin gehören zu den baubewilligungspflichtigen Änderungen nicht nur alle baupolizeilich relevanten baulichen und betrieblichen, sondern auch sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten Änderungen – vorab alle betrieblichen Änderungen –, die Auswirkungen auf das Immissionsmass erwarten lassen. Bei Gastwirtschaftsbetrieben entstehen solche Auswirkungen in der Regel dann, wenn von den gesetzlichen oder individuell festgelegten Öffnungszeiten nach Art. 16 ff. GWG abgewichen werden soll, d. h. eine Verkürzung oder Aufhebung der Schliessungszeit im Sinn von Art. 18 GWG beantragt wird.

aa) Der Rekurrent beantragte mit Gesuch vom 6. Juni 1997, der Beginn der Schliessungszeit für das «X» sei an den Wochenenden auf 3<sup>00</sup> Uhr festzulegen. Das Gesuch wurde in der Folge wegen der zu erwartenden, umweltschutzrechtlich relevanten Auswirkungen auf das Immissionsmass der Baubewilligungspflicht unterstellt. Abweichend vom Antrag des Rekurrenten wurde aber mit Baubewilligung vom 21. November 2000 der Beginn der Schliessungszeit an den Wochenenden aus bau- und umweltschutzrechtlicher Sicht lediglich auf 2<sup>00</sup> Uhr festgelegt. Es steht somit fest, dass keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt, welche den Beginn der Schliessungszeit im «X» an den Wochenenden auf 3<sup>00</sup> Uhr festlegt.

...

dd) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es in Bezug auf das «X» an einer gültigen baurechtlichen Erlaubnis für die Festlegung des Beginns der Schliessungszeit an den Wochenenden auf 3<sup>00</sup> Uhr fehlt. Der Rekurs ist schon aus diesem Grund abzuweisen.

b) Darüber hinaus erfordert die Verkürzung der Schliessungszeit neben einer entsprechenden Baubewilligung immer auch eine (gastwirtschaftsrechtliche) Bewilligung nach Art. 18 GWG.

...

bb) Die in einer rechtskräftigen Baubewilligung festgelegte, bau- bzw. umweltschutzrechtlich zulässige Verkürzung der Schliessungszeit kann aus gastwirtschaftsrechtlicher Sicht eingeschränkt werden. So sind zwar die primären und sekundären Lärmemissionen von Gastwirtschaftsbetrieben nach der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes zu beurteilen, weshalb Art. 18 Abs. 1 Bst. a GWG diesbezüglich keine eigenständige Bedeutung mehr hat. Ausgenommen sind aber Lärmemissionen, die unmittelbar aus einem Fehlverhalten des Patentinhabers resultieren, obwohl die Anlage als solche aus lärmrechtlicher Sicht unproblematisch ist. So obliegen dem Patentinhaber mit Blick auf Art. 18 Abs. 1 Bst. a GWG bestimmte Pflichten. Nach Art. 21 Abs. 1 GWG hat er allgemein für Ordnung zu sorgen. Dabei hat er nach Art. 21 Abs. 2 GWG insbesondere dafür zu sorgen, dass die Nachbarschaft nicht durch übermässige Einwirkungen belästigt wird (Bst. a), den Beginn der Schliessungszeit eine Viertelstunde vorher anzukünden und die Gäste zum rechtzeitigen Verlassen des Betriebes aufzufordern (Bst. b) sowie Gäste, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leisten, wegzuweisen, nötigenfalls unter Inanspruchnahme der Polizei (Bst. e).

Aufgrund der zahlreichen, seit dem Jahr 1996 andauernden Verstösse des Rekurrenten gegen die Schliessungszeit – das «X» war allein in der Zeit vom 6. September 2003 bis 19. Dezember 2004 insgesamt fünfzehnmal nach 3<sup>00</sup> Uhr geöffnet, wodurch der Rekurrent sogar den nach seiner Auffassung damals geltenden Schliessungszeitbeginn um 3<sup>00</sup> Uhr nicht einhielt – könnte die in der Baubewilligung vom 21. November 2000 oder in einer allfällig künftigen Baubewilligung rechtskräftig festgesetzte, bau- bzw. umweltschutzrechtlich zulässige Verkürzung der Schliessungszeit aus gastwirtschaftsrechtlicher Sicht gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. a i.V. m. Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b GWG eingeschränkt werden.

cc) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Rekurs auch aus gastwirtschaftsrechtlicher Sicht abzuweisen ist.

## 5. Raumplanung und öffentliches Baurecht

---

### 97

*Art. 15 Bst. b RPG (SR 700).* Die zulässige Bauzonengrösse bestimmt sich nach dem Baulandbedarf und den Grundsätzen, wonach die Landschaft zu schonen ist und Siedlungen in ihrer Ausdehnung zu begrenzen sind.

*Regierung, 16. August 2005*

Sachverhalt:

Ein von der Bürgerschaft einer Politischen Gemeinde (stillschweigend) genehmigter Teilzonenplan bezweckte die Schaffung von zusätzlichem Bauland.

Aus den Erwägungen:

4. c) Nach Art. 15 RPG umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet und das zudem weitgehend überbaut ist (Bst. a) oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Bst. b). Eignung, weitgehende Überbauung und Bedarf sind Gesichtspunkte in der Abwägung und Abstimmung neben anderen Bau- beziehungsweise Nichtbauinteressen (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 RPG). Ihnen gebührt umso mehr Gewicht, je mehr sie sich der konkreten Zielvorstellung für die Nutzung der in Frage stehenden Zone nähern. Im Rahmen dieser Abwägung dürfen Querverbindungen unter den massgebenden Gesichtspunkten hergestellt werden. Es ist beispielsweise zulässig, den Charakter der weitgehenden Überbauung (Art. 15 Bst. a RPG) umso eher zu verneinen, als die Einzonung dem Redimensionierungsziel (Art. 15 Bst. b RPG) noch mehr zuwiderliefe (BGE 113 Ia 448f.). Diese Relativierung ist möglich, weil es sich bei den genannten Kriterien um generelle, planungsbezogene Anforderungen und nicht um Voraussetzungen für individuelle Bauvorhaben handelt. Sie beziehen sich auf ganze als Zonen auszuscheidende Gebiete und nicht auf einzelne Parzellen. Ihre Perspektive ist mehr allgemein, übergeordnet, mit der Folge, dass den besonderen Interessen jedes einzelnen der betroffenen Grundeigentümer nur in beschränktem Umfang Rechnung getragen werden kann (BGE 113 Ia 449 Erw. 4).

Der Begriff des weitgehend überbauten Landes umfasst im Wesentlichen den geschlossenen Siedlungsbereich und eigentliche Baulücken innerhalb dieses Bereichs. Bei der Beurteilung des Siedlungsbereichs ist der bestehende Zustand auf einem Grundstück in seiner Gesamtheit und in seinem Zusammenhang mit den Verhältnissen auf den benachbarten Parzellen gebietsbezogen und parzellenübergreifend heranzuziehen. Der Siedlungscharakter ist vor allem auf Grund der örtlichen Nähe der Häuser und der vorhandenen Infrastruktur feststellbar. Baulücken sind einzelne, unüberbaute Parzellen, die unmittelbar an das überbaute Land grenzen, in der Regel bereits erschlossen sind und eine relativ geringe Fläche aufweisen. Die Nutzung der Baulücke wird vorwiegend von der sie umgebenden Überbauung geprägt; das unüberbaute Land muss also zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören, an der Siedlungsqualität teilhaben und von der bestehenden Überbauung so weit geprägt sein, dass sinnvollerweise nur ihre Aufnahme in die Bauzone in Frage kommt. Dagegen sind peripher gelegene Gebiete, selbst wenn dort schon eine gewisse Tätigkeit eingesetzt hat, sowie unüberbaute Flächen, denen im Verhältnis zu dem sie umgebenden Land eine eigenständige Bedeutung zukommt, nicht als weitgehend überbaute Gebiete zu betrachten (BGE 121 II 424).

Wie der Augenschein gezeigt hat, handelt es sich beim fraglichen Teilzonenplangebiet um eine Geländekammer, die von einer Gemeindestrasse durchschnitten

wird. Die fraglichen Parzellen befinden sich am äussersten nordöstlichen Siedlungsrand eines Dorfes. Das Gebiet grenzt im Süden – wo ein rund 100 m langer Streifen Grünzone Freihaltung geschaffen wird – auf einer Länge von etwa 115 m an eine bestehende Bauzone, die zum Teil auch überbaut ist. Im Norden wird es durch eine Kantonsstrasse begrenzt und stösst im Südosten und Nordwesten ans übrige Gemeindegebiet. Im Osten grenzt das Teilzonenplangebiet an Wald und einen zwischen den Waldstücken liegenden Streifen mit einer Breite von rund 40 m, welcher der Landwirtschaftszone zugeteilt ist. Direkt anschliessend an das Teilzonenplangebiet, am westlich ausgerichteten Hang zum See, steht ein ehemaliges Hotel, das nunmehr als Durchgangszentrum für Asylsuchende dient. Das periphere Gebiet weist lediglich eine Wohnbaute auf. Im Weiteren gibt es einen Pferdestall samt Koppel, eine Scheune und ein leer stehendes Restaurant. Die Geländekammer ist mit Ausnahme dieser Gebäude unüberbaut geblieben. Das Gebiet mit dem Grundstück des Rekurrenten weist daher keine geschlossene Überbauung auf; vielmehr hebt sich die Geländekammer von der sich am Hangfuss befindenden Überbauung deutlich ab und weist eine eigenständige Bedeutung auf. Ein Siedlungszusammenhang ist jedenfalls nicht ersichtlich. Demgemäss ist die Voraussetzung für eine Einzonung gestützt auf Art. 15 Bst. a RPG nicht erfüllt.

d) Bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzung nach Art. 15 Bst. b RPG, wonach geeignetes, nicht weitgehend überbautes Land nur eingezont werden darf, wenn es voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt wird, erfüllt ist. Dabei handelt es sich um eine Rechts-, und nicht um eine Ermessensfrage.

Bei der Bemessung des Bedarfs nach Art. 15 Bst. b RPG ist zu beachten, dass der Bedarf an Bauland für die nächsten 15 Jahre nicht der einzige Gesichtspunkt ist, nach dem die Bauzonengrösse zu bestimmen ist. Ein solcher Planungsautomatismus verstiesse gegen zahlreiche bedeutsame Planungsgrundsätze des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes (BGE 114 Ia 369). Zudem ist der Bedarf an Bauland nicht mit der Nachfrage nach Bauland gleichzusetzen. Wäre dies der Fall, würde jede Raumplanung verunmöglicht. Der Bedarf ist vielmehr nach den als Grundlage der Ortsplanung bestimmten Planungszielen zu bemessen (A. Zaugg, Kommentar zum Baugesuch des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1987, N 6 zu Art. 72 bis 74, S. 388; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement / Bundesamt für Raumplanung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, N 22 zu Art. 15 RPG, S. 208). Demgemäss ist zu prüfen, wo die Nachfrage im Interesse der anzustrebenden Entwicklung gebremst und wo sie allenfalls gefördert oder umgelenkt werden soll. Ausdehnung und Einteilung der Bauzone sind entsprechend festzulegen (Zaugg, a. a. O. N. 6 zu Art. 72 bis 74, S. 388).

[...]

Aus den von der Vorinstanz am 15. Juni 2004 und vom Amt für Raumentwicklung am 8. Juli 2004 eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die Kapazität des überbauten Gebiets in der Gemeinde – zusammen mit der inneren Verdichtung, die realistischerweise nur über einen längeren Zeitraum (45 Jahre) verwirklicht werden

kann – für 637 Einwohner reicht. Zurzeit sind innerhalb der Bauzone der Gemeinde unüberbaute Flächen mit einer Kapazität für zusätzliche 109 Einwohner vorhanden. Dies ergibt eine Kapazität des bestehenden Zonenplans für 701 Einwohner. Angesichts der Bevölkerungsentwicklung der Gemeinde, die von 510 im Jahr 1990 auf 565 Einwohner im Jahr 2000 gestiegen ist und die eine vom Amt für Raumentwicklung prognostizierte Einwohnerzahl von rund 605 Einwohnern im Jahr 2020 aufweisen wird, ist der Zonenplan reichlich bemessen und es besteht kein Bedarf an der Ausscheidung weiterer Bauzonen.

e) In Bezug auf die Bedarfsfrage führt der Rekurrent aus, es seien auch die Lage und die Erhältlichkeit der unüberbauten Grundstücke im aktuellen Baugebiet im Vergleich zu den in Frage stehenden Grundstücken zu berücksichtigen.

Auch wenn die mangelhafte Erhältlichkeit von Bauland gegeben sein mag, muss diese unberücksichtigt bleiben. Solche Spannungen zwischen der Nachfrage nach Bauland und der Begrenzung der Bauzone hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen; sonst hätte er zusätzlich Instrumente für die Baulandverflüssigung anbieten müssen. Daraus folgt nicht, dass sich die Bauzonenfläche ausschliesslich nach den privaten Wünschen der jeweils interessierten Privaten richtet. Die Bauzone nach dem Verhältnis von Baulandverbrauch zur Baulandreserve zu dimensionieren heisst nicht, allein dem Marktautomatismus zu gehorchen. Würde man das gehortete Land nicht der Wohnbaulandreserve anrechnen, hätte dies einerseits einen weiteren Anreiz zur Baulandhortung zur Folge und andererseits würde die Bauzonenplanung dem Gemeinwesen entzogen und in die Hand der hortungswilligen Grundeigentümer gelegt (BGE 116 Ia 328 ff.). Die mangelnde Erhältlichkeit namentlich des Wohnbaulandes vermag die Ausscheidung entsprechend grösserer Bauzonen nicht zu rechtfertigen.

f) Dass die Grundeigentümer ein Interesse daran haben, ihre Grundstücke zu überbauen und dass diesbezüglich auch eine Nachfrage besteht, ist nicht von der Hand zu weisen. Der Bedarf ist aber – wie dargelegt – nicht mit der Nachfrage nach exklusivem Bauland gleichzusetzen.

5. Für die Bestimmung der Bauzonengrösse ist der Bedarf an Bauland nicht der einzige Gesichtspunkt (BGE 114 Ia 369). Ebenso wichtig sind die Grundsätze der Schonung der Landschaft und der Begrenzung von Siedlungen in ihrer Ausdehnung. Insbesondere besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Freihaltung grösserer zusammenhängender Flächen und an sinnvollen Bauzonengrenzen (BGE 116 Ia 334).

Gemäss Hauptrichtplan der Regionalplanungsgruppe vom 9. Juli 1985 (im Folgenden: Hauptrichtplan) ist eine Burgstelle als Kulturobjekt bezeichnet. Als Kulturobjekte werden prähistorische Anlagen sowie Bauten, Baugruppen oder Überreste davon festgelegt, die auf Grund ihrer baugeschichtlichen Bedeutung, ihres Ursprungs oder ihrer Lage zumindest regionale Bedeutung erlangen. Die festgelegten Objekte sind in ihrer Gesamtheit zu erhalten. Sämtliche Eingriffe, die das Schutzziel gefährden, sind zu verbieten (Hauptrichtplan, S. 35 f.). Gegen eine Einzonung vorab

nördlich der Gemeindestrasse spricht deshalb auch die Burgstelle, ein Kulturobjekt regionaler Bedeutung, das einen angemessenen Umgebungsschutz erheischt. Die Burgstelle ist auch in der Schutzverordnung der Gemeinde vom 7. Juli 1997 als Kulturobjekt eingetragen. Ebenfalls ist die Trockensteinmauer, welche das rekurrentische Grundstück gegen Osten abgrenzt, in die Schutzverordnung aufgenommen worden. Die Geländekammer erhebt sich als grüne Hangschulter in einer bewaldeten, hügeligen Landschaft über dem See. Das Teilzonenplangebiet ist von Westen von der Kantonsstrasse aus gut einsehbar und auf Grund seiner Topografie sehr exponiert. Aus planerischer Sicht und mit Rücksicht auf den Landschafts- und Kulturobjektschutz ist eine Einzonung an diesem Ort verfehlt.

6. Hinzu kommt, dass das Teilzonenplangebiet nicht voll erschlossen ist. Die Gemeindestrasse führt von Westen her quer durch die Geländekammer. Die Zufahrt in die Gemeindestrasse erfolgt über die A.-Strasse. Der Einmündungsradius in den nördlichen Teil der A.-Strasse ist sehr eng, was ein Einbiegen für grössere Fahrzeuge verunmöglicht. Von Westen her ist die Zufahrt für Lastwagen gesperrt. Die Gemeindestrasse selbst weist lediglich eine Breite zwischen 2,3 m und 2,6 m auf und ist im Bereich des Einlenkers und im anschliessenden Stück in der geplanten Grünzone steil, wobei die Steigung etwa auf der Höhe der ehemaligen Dependance des Hotels stetig abnimmt. Ein Ausbau der Gemeindestrasse wäre im Fall einer Einzonung unumgänglich. Durch das Gebiet führt lediglich eine elektrische Freileitung; abwassertechnisch ist es nicht erschlossen.

7. Weil die Voraussetzungen von Art. 15 RPG nicht erfüllt sind, besteht an der Nichteinzonung der streitigen Parzellen ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses öffentliche Interesse überwiegt die entgegenstehenden privaten Interessen an einer Überbauung der Grundstücke, welche im Wesentlichen rein finanzieller Natur sind.

Ergebnis:

Das zur Überbauung vorgesehene Land liegt nicht in einem weitgehend überbauten Gebiet. Da überdies für die nächsten 15 Jahre kein Bedarf für zusätzliche Bauzonen ersichtlich ist, aus planerischer Sicht und aus Rücksicht auf den Landschafts- und Kulturobjektschutz eine Einzonung als verfehlt erscheint und das Teilzonenplangebiet nicht voll erschlossen ist, wurde der angefochtene Planungsentscheid als nicht rechtmässig beurteilt. Der zustimmende Entscheid der Bürgerschaft sowie der Einspracheentscheid des Gemeinderates wurden aufgehoben.

**98**

*Art. 24 RPG (SR 700).* Das Errichten eines 7,4 m hohen und 2,5 m breiten, beleuchteten Kreuzes ist baubewilligungspflichtig. Anders als Gipfelkreuze sind so genannte Liebeskreuze nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen. Daran vermag auch die Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit nichts zu ändern.

*Regierung, 13. Dezember 2005*

Sachverhalt:

Die nachträgliche Baubewilligung für ein in der Landwirtschaftszone errichtetes, während der Nacht beleuchtetes Aluminiumkreuz wurde mit der Begründung verweigert, dass das Bauwerk zonenfremd und nicht standortgebunden sei. Zudem gehöre das Aufstellen des Kreuzes nicht zum absolut geschützten Kernbereich religiöser Betätigung.

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedürfen Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Bewilligung. Dies verlangt schon das Bundesrecht nach Art. 22 Abs. 1 RPG. Bauten und Anlagen im Sinn dieser Bestimmung sind jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 123 II 259, Erw. 3 mit Hinweisen). In diesem Sinn ist im vorliegenden Fall die Anlegung auf Dauer zu bejahen, mag das Kreuz auch verhältnismässig leicht versetzbar sein. Ein Kreuz mit einer Höhe von über 7 m ist, im Gegensatz zu den vielerorts üblichen, viel kleineren Wegkreuzen, nicht mehr von unwesentlicher räumlicher Bedeutung, entspricht die Höhe doch etwa der maximal zulässigen Gebäudehöhe in der Wohnzone oder Kernzone für zweigeschossige Bauten. Dies gilt insbesondere für ein beleuchtetes Kreuz, würde aber selbst für ein solches ohne Beleuchtung noch zutreffen. Die Praxis geht denn auch durchwegs von einer Bewilligungspflicht vergleichbarer Anlagen aus, namentlich auch das Bundesgericht (BGE vom 21. Juni 2004, 1P.149/2004, Erw. 3.2). Demnach nahmen das Amt für Raumentwicklung und die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht eine Bewilligungspflicht an. Der Einwand der Rekurrentin, das Kreuz sei keine Baute im eigentlichen Sinn, ist unbehelflich, da nicht nur Bauten, sondern auch raumwirksame Anlagen bewilligungspflichtig sind.

4. Es trifft zwar zu, dass der innerste Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung, das forum internum, als Kernbereich der Glaubens- und Ge-

wissensfreiheit vor jeder Form staatlichen Zwangs absolut geschützt ist (J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 87 f.). Die Kundgabe einer religiösen Überzeugung gehört jedoch nicht zum unantastbaren Kerngehalt von Art. 15 BV und Art. 9 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; sie ist damit staatlichen Eingriffen nach Massgabe von Art. 36 BV grundsätzlich zugänglich. Das Kreuz dient der Bekanntmachung oder Weitergabe der religiösen Überzeugung an Dritte, was nicht zum absolut geschützten Kernbereich religiöser Betätigung gehört (BGE vom 21. Juni 2004, 1.P.149/2004). Die Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist demnach im vorliegenden Fall unbehelflich.

5. a) Nach Art. 22 Abs. 2 RPG müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Nach Art. 20 BauG i.V. m. Art. 16a Abs. 1 RPG sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen zulässig, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung nötig sind. Offensichtlich dient das Kreuz nicht der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung. Auch führt die Rekurrentin keinen Landwirtschaftsbetrieb. Somit entspricht das Kreuz zum vornherein nicht dem Zweck der Nutzungszone. Eine Bewilligung gestützt auf Art. 16a Abs. 1 RPG kann demnach nicht erteilt werden.

b) Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG kann erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Bst. a) und wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b). Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 112 Ib 102 mit Hinweisen). Die Standortgebundenheit darf nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 24 Bst. a RPG nur dann bejaht werden, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist oder wenn ein Werk aus bestimmten Gründen in einer Bauzone ausgeschlossen ist. Diese Voraussetzungen beurteilen sich nach objektiven Massstäben, auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen kommt es dabei nicht an (BGE 123 II 261, Erw. 5a mit Hinweisen). Es ist offensichtlich, dass ein Kreuz der vorliegenden Art weder aus technischen oder betriebswirtschaftlichen noch aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Denn anders als etwa bei Gipfelkreuzen, die – wie ihr Name ausdrückt – auf einen Standort auf der Bergspitze angewiesen sind, handelt es sich bei den beleuchteten Kreuzen (so genannten Liebeskreuzen), wie auch die Rekurrentin eines aufgestellt hat, um die Kundgabe eines persönlichen Glaubensbekenntnisses, das grundsätzlich an jedem Ort stattfinden kann und deshalb nicht standortgebunden ist. Entsprechend finden sich solche Kreuze denn auch, ob bewilligt oder unbewilligt, in den unterschiedlichsten Zonen.

c) Eine Bewilligung gestützt auf Art. 24a–d oder Art. 37a RPG fällt sodann ohne Weiteres ausser Betracht, da bei jenen Bestimmungen altrechtliche Bauwerke in Frage stehen, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft.

Ergebnis:

Da die nachträgliche Baubewilligung für ein in der Landwirtschaftszone errichtetes, 7,4 m hohes und 2,5 m breites Kreuz nicht erteilt werden konnte und sich die verfügte Verpflichtung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als verhältnismässig erwies, wurde der Rekurs der Bauherrschaft abgewiesen.

## 99

*Art. 42 RPV (SR 700.1); Art. 130 Abs. 2 BauG (sGS 731.1).* Wird bei der Realisierung eines Bauvorhabens von der Baubewilligung abgewichen, welche die zulässigen Erweiterungsmöglichkeiten bereits vollständig ausgeschöpft hat, kann für zusätzliche Erweiterungen der zonenwidrig genutzten Fläche keine nachträgliche Bewilligung erteilt werden. Bei den Wiederherstellungsmassnahmen ist zu beachten, dass das öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugelände stark zu gewichten ist.

*Regierung, 8. Februar 2005*

Sachverhalt:

Einer Grundeigentümerin war der Abbruch eines in der Landwirtschaftszone gelegenen Wohnhauses samt Schopf und Magazin bewilligt worden. Gleichzeitig erteilte ihr die Vorinstanz die Baubewilligung für die Errichtung einer Wohnhauser-satzbaute mit angebaute Garage und freistehendem Pferdestall. Bei der Realisierung des Bauvorhabens wurde verschiedentlich von den bewilligten Plänen abgewichen. Auf Verlangen der zuständigen Behörde reichte die Bauherrin ein Korrekturgesuch ein.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Nach Art. 24c Abs. 2 RPG können solche Bauten und Anlagen mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. Umbauten, Anbauten und Erweiterungen sind – bei unverändertem Nutzungszweck – teilweise Änderungen, wenn äusseres Bild (Grösse, Gestaltung, Proportionen) und innere Ausstattung sich (nur) in einer Art verändern, die einem unbefangenen Betrachter erlaubt, geändertes und unverändertes Bauwerk miteinander auf ein und dieselbe Stufe zu setzen, wobei kein neues Bauwerk entstehen darf (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement /

Bundesamt für Raumplanung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, N 36 zu Art. 24 RPG in der Fassung vom 22. Juni 1979).

Nach Art. 42 Abs. 1 bis 3 RPV sind Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, zulässig, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt. Verbesserungen gestalterischer Art sind zulässig. Massgeblicher Vergleichszustand für die Beurteilung der Identität ist der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder Planänderung befand. Ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Sie ist jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn die zonenwidrig genutzte Fläche um mehr als 30 Prozent erweitert wird, wobei Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nur zur Hälfte angerechnet werden (Bst. a), oder wenn die zonenwidrig genutzte Fläche innerhalb oder ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens um insgesamt mehr als 100 m<sup>2</sup> erweitert wird (Bst. b; BGE 127 II 219 f., Erw. 3b).

b) aa) Am 28. November 2000 bewilligte die Vorinstanz zum einen den Abbruch des Wohnhauses mit angebaute Scheune sowie des freistehenden Magazins, zum anderen die Erstellung eines Wohnhausersatzbaus mit angebaute Garage sowie eines freistehenden Pferdestalls. Damit der Wiederaufbau bewilligt werden konnte, musste sich der Neubau am Altbau orientieren [...].

bb) Für die Berechnung der Erweiterung zonenwidrig genutzter Flächen wird Art. 61 Abs. 2 BauG sachgemäss angewendet. Zur Kalkulation der bewilligungsfähigen Erweiterung führte das Amt für Raumentwicklung (im Folgenden ARE) in seiner Verfügung vom 22. November 2000 folgende Aufstellung an:

[...]

Insgesamt wurden der Bauherrschaft folglich zwei Ersatzbauten mit Erweiterungen von 101,08 m<sup>2</sup> bewilligt.

c) aa) Bei der Realisierung des Bauvorhabens wich die Bauherrschaft in verschiedenen Punkten von der Baubewilligung vom 28. November 2000 ab. Unter anderem wurden weder die Tore noch die Fassade der Garage mit Holztäfer bestückt. Im Innern der Garage wurde ein Zwischenboden eingezogen. Der dadurch entstandene Raum im Obergeschoss wurde durch ein nicht bewilligtes Fenster in der Westfassade belichtet. Das Dach des Pferdestalls wurde mit einer asymmetrischen Neigung und einer ostseitigen Ausladung von drei Metern erstellt. Dadurch entstand auf der Ostseite des Pferdestalls ein zusätzlicher gedeckter Vorplatz, der mit einem Kieskoffer ausgebaut wurde.

bb) Zur Berechnung der Flächenerweiterung durch den Zwischenboden und das Vordach, welche über das Mass der Bewilligung vom 28. November 2000 hinausgeht, führte das ARE in seiner Verfügung vom 17. August 2004 folgende Aufstellung an:

|  |                                     |
|--|-------------------------------------|
| Erweiterung Wohnhaus aussen                              |                                     |
| – Nicht anrechenbare Flächen (Zwischenboden über Garage) | 76,50 m <sup>2</sup> = 46,3 Prozent |
| Erweiterung Schopf [heutiger Pferdestall]                |                                     |
| – Nicht anrechenbare Flächen [Vordacherweiterung]        | 38,04 m <sup>2</sup> = 24,3 Prozent |

cc) Diese von der Rekurrentin nicht bestrittenen Berechnungen zeigen, dass die zulässigen Erweiterungen bereits mit dem Wiederaufbau aufgrund der Bewilligung vom 28. November 2000 vollständig ausgeschöpft wurden. Wohnhaus und Schopf (neu: Pferdestall) wurden um je rund 30 Prozent und flächenmässig um gut 100 m<sup>2</sup> erweitert.

Der in Missachtung von der Baubewilligung erstellte Zwischenboden über der Garage überschreitet das zulässige Höchstmass der Erweiterung des Wohnhauses um 76,5 m<sup>2</sup>. Damit ist offenkundig, dass die Nutzung dieses zusätzlich erstellten Raums im Obergeschoss des Garageanbaus nicht bewilligt werden kann.

Die Möglichkeit zur Erweiterung des ehemaligen Magazins wurde durch den Wiederaufbau, die Umnutzung des Lagerraums zu einem Pferdestall, die flächenmässige Erweiterung um 46,08 m<sup>2</sup> und die Volumenvergrösserung durch die Anhebung des Dachs ebenfalls bereits mit der Bewilligung vom 28. November 2000 vollständig ausgeschöpft. Das zusätzlich erstellte Vordach mit einer Ausladung von drei Metern und der dadurch entstandene gedeckte Vorplatz führt nun zu einer weiteren Vergrösserung der nutzbaren Fläche um 38,04 m<sup>2</sup> und somit ebenfalls zu einer Verletzung der Wesensgleichheit. Diese gedeckte Abstellfläche ist damit auch nicht bewilligungsfähig.

d) Die Rekurrentin wendet ein, die Vorinstanz und das ARE verneinten die Identität der Baute zu Unrecht. Bei der Berechnung der Erweiterung zonenwidrig genutzter Flächen werde die ehemalige, am Wohnhaus angebaute Scheune ausser Acht gelassen. Diese habe eine Nutzfläche von total 179,92 m<sup>2</sup> gehabt und sei bis unmittelbar vor dem Abbruch als Magazin, Maschinenlagerraum und für die Tierhaltung landwirtschaftlich genutzt worden.

Art. 24c Abs. 3 RPG schützt nur bestimmungsgemäss nutzbare Bauten ausserhalb der Bauzone in ihrem Bestand, sofern diese nicht mehr zonenkonform sind. Da die Scheune unbestrittenermassen bis zum Jahr 2000 von einem benachbarten Landwirtschaftsbetrieb als Maschinen- und Futterlagerraum landwirtschaftlich verwendet wurde, war sie bis zum Abbruch zonenkonform genutzt. Deshalb musste sich auch die Fläche der Doppelgarage innerhalb der möglichen Erweiterung der Wohnhausersatzbaute bewegen, da die Garage nicht als Ersatz für die ehemalige Scheune gebaut werden konnte. Ein Wiederaufbau der Scheune verbunden mit einer Zweckänderung war also nicht möglich. Ihre Fläche ist deshalb bei der Berechnung der zulässigen Erweiterung der anderen Ersatzbauten nicht zu berücksichtigen. Entsprechend ist der Einwand der Rekurrentin unbegründet.

e) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Möglichkeit zur Erweiterung der Bauten bereits bei der Erteilung der Baubewilligung vom 28. November 2000 vollständig ausgeschöpft wurde. Die nachträgliche Bewilligung der zonenwidrig genutzten Flächen des Zwischenbodens in der Garage sowie der Erweiterung des Pferdestalls ist demzufolge nicht möglich.

3. a) Zu beurteilen bleibt die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsverfugung. Die Rekurrentin bringt sinngemäss vor, die Abweichungen von der Baubewil-

ligung seien bloss geringfügig. Auch werde das raumplanerische Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nicht derart verletzt, dass keine nachträgliche Bewilligung erteilt werden könnte.

b) Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann die zuständige Behörde die Entfernung oder Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten oder Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Bauausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass eine Wiederherstellungs- beziehungsweise Abbruchverfügung nur erlassen werden darf, wenn diese Massnahme bei objektiver Betrachtungsweise als die einzig geeignete erscheint, um einen aktuellen baurechtswidrigen Zustand zu beheben. Sie hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung von den Bauvorschriften nur geringfügig ist oder der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt oder die berührten Interessen den dem Eigentümer aus dem Abbruch erwachsenden Schaden nicht zu rechtfertigen vermögen (GVP 1982 Nr. 17, S. 36 mit Hinweisen). Die Prüfung der Verhältnismässigkeit erfordert ein Abwägen der im Streit liegenden Interessen. Je geringfügiger die Rechtsverletzung wiegt und je kleiner die an den konkreten Verhältnissen gemessene Bedeutung der öffentlichen Interessen erscheint, desto mehr erlangen die Interessen des vom Wiederherstellungs- beziehungsweise Abbruchbefehl Betroffenen an Gewicht. Dabei darf freilich die Bösgläubigkeit des Betroffenen nicht ausser Acht gelassen werden. Wer sich bösgläubig über die Bauordnung hinwegsetzt, muss es in Kauf nehmen, dass das Interesse am Schutz der Baurechtsordnung und der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands vermehrtes Gewicht verdient und die dem Betroffenen allenfalls erwachsenden Nachteile in verringertem Mass berücksichtigt werden (GVP 1982 Nr. 17, S. 37 mit Hinweisen).

c) Das öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet, einem Hauptanliegen der Raumplanung, steht dem Interesse der Rekurrentin an der nachträglichen Bewilligung der baulichen Erweiterung gegenüber. Das öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet ist von grundlegender Bedeutung und deshalb von vornherein stark zu gewichten. Dagegen liegt das Interesse der Rekurrentin einzig in einer komfortableren Nutzung ihrer Liegenschaft. Zudem hat sich die Rekurrentin ihren fehlenden guten Glauben bei der unbewilligten Erweiterung des Wohnhauses und des Pferdestalls ausserhalb der Bauzonen anrechnen zu lassen. Das private Interesse der Rekurrentin, die sich nicht gutgläubig über die Bewilligung vom 28. November 2000 hinwegsetzte, vermag deshalb das Interesse der Raumplanung an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet und der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands nicht zu überwiegen. Zudem können die Abweichungen von der Baubewilligung vom 28. November 2000, wie dies auch bei der Berechnung der Flächenerweiterung deutlich wird, nicht als geringfügig bezeichnet werden.

d) Die Prüfung der Verhältnismässigkeit der von der Vorinstanz angeordneten Massnahme ergibt in Bezug auf das Pferdestallvordach, dass der Rückbau der ostseitigen Ausladung von drei auf 0,85 m die einzig geeignete Wiederherstellungs-

massnahme ist. Die asymmetrische Dachneigung beeinträchtigt die Identität der Baute dagegen kaum und kann belassen werden, da die Wiederherstellung in diesem Punkt zu unverhältnismässigen Kosten führen würde.

Zur Verhinderung der Nutzung des Raums im Obergeschoss der Garage wäre an sich auch das Entfernen des Zwischenbodens zu prüfen gewesen. Diese Massnahme würde jedoch erhebliche Kosten verursachen. Mit Sicherheit ist das durch die Vorinstanz gewählte Verbot eines gebäudeinternen Zugangs und der Entfernung des Fensters in der Westfassade die mildere Variante zur Verhinderung der Nutzung dieses Raums. Damit etwaige Unterhaltsarbeiten am Dachstuhl und die Belüftung des Raums dennoch sichergestellt werden können, eignet sich auch eine von aussen durch eine Leiter zugängliche Service-Öffnung – anstelle des bestehenden Fensters – ohne weiteres. Damit ist der Aufwand für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verhältnismässig.

Ergebnis:

Da die Neubauten die zulässige Erweiterung zonenwidrig genutzter Flächen überschritten, stand fest, dass die Identität mit den ursprünglichen Bauten nicht gewahrt wurde. Das Interesse der Rekurrentin am Erhalt der baulichen Erweiterung vermochte das öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nicht zu überwiegen, weshalb sich die verfügten Wiederherstellungsmassnahmen als verhältnismässig erwiesen.

## 100

*Art. 33 BauG (sGS 731.1); Art. 26 BV (SR 101).* Grundeigentümer ausserhalb des Perimeters eines Überbauungsplans haben nur dann Anspruch auf Überprüfung der Zonenordnung in jenem Gebiet, wenn die geltende Ordnung für jenes Gebiet für ihr Grundstück Nutzungsbeschränkungen nach sich zieht. Zudem müssen die benachbarten Grundeigentümer nachweisen, dass die öffentlichen Interessen an der geltenden Ordnung für jenes Gebiet gegenüber ihren Interessen als Grundeigentümer nicht mehr überwiegen.

*Regierung, 18. Mai 2005*

Sachverhalt:

In ihrer Einsprache gegen den Erlass eines Überbauungsplans forderten benachbarte Grundeigentümer auch die Überprüfung der dort geltenden Zonenordnung. Auf diese Forderung trat die Vorinstanz nicht ein.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 33 Abs. 1 BauG kann der Grundeigentümer nach Ablauf von zehn Jahren seit Rechtsgültigkeit die Überprüfung von Baureglement, Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- und Abbauplänen sowie von Schutzverordnungen verlangen. Ein Anspruch auf Aufhebung oder Abänderung besteht nach Art. 33 Abs. 2 BauG, wenn die Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 BauG erfüllt sind (Bst. a) oder der Zweck des Erlasses nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (Bst. b). Der Anspruch auf Überprüfung wie auch der Anspruch auf Aufhebung oder Änderung stehen nur dem Grundeigentümer und nur hinsichtlich seinem Grundstück zu (GVP 1987 Nr. 86). Wenn die Rekurrenten geltend machen, die Beschränkung des Anspruchs nach Art. 33 BauG auf den «Grundeigentümer» besage lediglich, dass bloss obligatorisch oder beschränkt dinglich Berechtigte (Mieter, Dienstbarkeitsberechtigte) keinen Überprüfungsanspruch hätten, mag ihnen dies nicht zu helfen. An den Grundstücken im Plangebiet des Überbauungsplans, für welche die Rekurrenten eine Überprüfung und allenfalls Abänderung des Zonenplans beantragen, sind sie nämlich in gar keiner Weise berechtigt. Aus Art. 33 BauG können sie mithin keinen Anspruch auf Überprüfung des Zonenplans in Bezug auf das Überbauungsplangebiet ableiten.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann ein Grundeigentümer unter Berufung auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) die Überprüfung und Anpassung eines Nutzungsplans nicht nur im Hinblick auf sein Grundstück, sondern auch auf benachbarte Grundstücke verlangen, wenn die für jene Grundstücke geltende Ordnung Nutzungsbeschränkungen für sein Grundstück nach sich zieht und er nachweist, dass die verschiedenen öffentlichen Interessen, die bei Erlass der kritisierten planerischen Massnahmen eine Rolle gespielt haben, nicht mehr gegenüber seinen Interessen als Grundeigentümer überwiegen. Keinen Anspruch vermittelt das Bundesrecht hingegen demjenigen, der lediglich ein allgemeines Interesse an der Ergreifung raumplanerischer Massnahmen entsprechend der Weiterentwicklung der Verhältnisse geltend macht oder andere Gründe vorbringt, die keinen unmittelbaren Bezug zur Nutzung seines Grundstücks aufweisen (Pra 85 Nr. 7, Erw. 2d).

Sowohl in ihrem Begehren an die Vorinstanz als auch im Rekursverfahren machen die Rekurrenten zwar geltend, dass der Überbauungsplan nachteilige Folgen für sie habe. Sie behaupten jedoch nicht – geschweige denn erbringen sie dafür den Nachweis –, dass sie durch die für das Überbauungsplangebiet geltende Zonenordnung in der Nutzung ihrer eigenen Grundstücke irgendwie eingeschränkt seien. Eine Einschränkung ist auch nicht ersichtlich [...]. Steht den Rekurrenten somit auch unter Berufung auf die Eigentumsgarantie kein Überprüfungsanspruch in Bezug auf das Überbauungsplangebiet zu, ist die Vorinstanz zu Recht auf das entsprechende Begehren nicht eingetreten. Daran vermag auch der Einwand, der Erlass des umstrittenen Überbauungsplans stelle eine zivilrechtliche Angelegenheit im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar, nichts zu ändern.

Ergebnis:

Da die Rekurrenten nicht nachweisen konnten, inwiefern sie durch die für das Überbauungsplangebiet geltende Zonenordnung in der Nutzung ihrer eigenen – ausserhalb des Plangebiets liegenden – Grundstücke eingeschränkt werden, stand ihnen kein Anspruch auf Überprüfung des Zonenplans in Bezug auf das Plangebiet zu.

## 101

*Art. 84 BauG (sGS 731.1).* Aus dem Gebot der gleichzeitigen Behandlung von Baugesuch und Einsprachen folgt, dass mit dem Baugesuch sämtliche Einsprachen beurteilt werden müssen.

*Baudepartement, 10. März 2005*

Sachverhalt:

Gegen ein Bauvorhaben wurden fünf Sammeleinsprachen erhoben. Die zuständige Behörde entschied über eine Einsprache und verweigerte die Baubewilligung. Die übrigen Einsprachen wurden infolge Abweisung des Baugesuchs als gegenstandslos abgeschrieben.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 84 Abs. 2 BauG entscheidet die zuständige Gemeindebehörde über öffentlichrechtliche Einsprachen gleichzeitig mit der Erteilung oder Ablehnung der Baubewilligung. Ebenfalls gleichzeitig mit dem Entscheid über die Baubewilligung, jedoch in einer gesonderten Verfügung, ist nach Art. 86 Abs. 2 BauG über privatrechtliche Einsprachen nach Art. 684 ZGB zu entscheiden. Bei den übrigen privatrechtlichen Einsprachen kann der Baugesuchsteller jederzeit das Verfahren auf dem Zivilrechtsweg einleiten (Art. 84 Abs. 3 erster Satz BauG). Ist dies nicht geschehen, setzt die zuständige Gemeindebehörde im Einspracheentscheid dem Einsprecher eine Frist von vierzehn Tagen zur Einleitung dieses Verfahrens an. Verstreicht die Frist ungenutzt, so fällt die privatrechtliche Einsprache dahin (Art. 84 Abs. 3 zweiter und dritter Satz BauG). Durch den gleichzeitigen Entscheid über das Baugesuch und die Einsprachen sollen die umfassende Prüfung des Bauvorhabens durch die zuständige Behörde gewährleistet und Widersprüche zwischen dem Entscheid über das Baugesuch und dem Einspracheentscheid verhindert werden. Über das Baugesuch und die Einsprache muss in der gleichen Verfügung entschieden werden. Einsprecher wie Bauherr haben Anspruch, über sämtliche Entscheidungspunkte ausreichend orientiert zu werden (GVP 1980 Nr. 47, S. 88 mit Hinweisen).

b) Die Vorinstanz hat einerseits nicht geprüft, welche der fünf Sammeleinsprachen öffentlichrechtlicher und welche privatrechtlicher Natur sind. Sie lehnte

andererseits mit Beschluss vom 7. Oktober 2003 das Baugesuch ab, ohne über vier Sammeleinsprachen zu entscheiden oder diese auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Darin liegt eine Verletzung von Art. 84 Abs. 2 und 3 sowie Art. 86 Abs. 2 BauG. Unterbleibt aber der Entscheid über die öffentlichrechtlichen und/oder privatrechtlichen Einsprachen nach Art. 684 ZGB bei der Beurteilung eines Baugesuchs, so liegt eine unvollständige Verfügung vor und die Streitsache ist – im Fall einer Anfechtung – zur neuen Entscheidung zurückzuweisen (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000 Nr. 18).

Ergebnis:

Indem die Vorinstanz nur eine von fünf Sammeleinsprachen beurteilte, verletzte sie das Gebot der gleichzeitigen Behandlung von Baugesuch und Einsprachen. Die Streitsache wurde daher zum Entscheid über die Einsprachen an die zuständige Behörde zurückgewiesen.

## 6. Umweltschutz

---

### 102

*Art. 11 Abs. 2 USG (SR 814.01).* Das Vorsorgeprinzip erfordert nur dann Lärmschutzvorkehrungen, wenn die Massnahmen verhältnismässig sind. Der Eigentumseingriff darf nicht schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse an der Lärmreduktion. Dies gilt selbst dann, wenn die vom Lärm belasteten Anwohner für die Kosten der Emissionsbegrenzung aufkommen wollen.

*Baudepartement, 13. Juni 2005*

Sachverhalt:

Nachdem der Einbau einer Voliere für rund 60 Vögel in der Garage eines Wohnhauses nachträglich bewilligt worden war, machten einzelne Anwohner mit Rekurs erhebliche Lärmimmissionen geltend. Zudem beantragten sie den Ersatz der bestehenden Garagenfenster durch Schallschutzfenster, erklärten sich aber bereit, die dabei anfallenden Kosten zu übernehmen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedarf das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Baubewilligung. Bewilligungspflichtig sind unter anderem Zweck-

änderungen, welche Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises zur Folge haben (Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG).

b) Zu den bewilligungspflichtigen Änderungen gehören aber auch – insoweit sie nicht bereits von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG erfasst sind – umweltrechtlich relevante Änderungen von Anlagen im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG. Baubewilligungspflichtig sind damit nebst den baupolizeilichen auch sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten Änderungen, die Auswirkungen auf das Immissionsmass erwarten lassen. Für solche Änderungen ist von Bundesrecht wegen ein Bewilligungsverfahren durchzuführen, das die Parteirechte der beschwerdeberechtigten Nachbarn nach Art. 54 USG wahrt. Das hierzu geeignete Verfahren ist grundsätzlich das Baubewilligungsverfahren. Mithin gehören zu den baubewilligungspflichtigen Änderungen nicht nur sämtliche baupolizeilich relevanten baulichen und betrieblichen, sondern auch sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten Änderungen, die Auswirkungen auf das Immissionsmass erwarten lassen. Dass die damit verbundenen Immissionen immer im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen sind, ergibt sich daraus, dass der öffentlichrechtliche Immissionsschutz schon vor Erlass des Umweltschutzgesetzes – nach Art. 70 Bst. a BauG (aufgehoben durch das III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz) – im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen war. Daran hat sich nichts geändert. Materiell ist zwar Art. 70 Bst. a BauG durch das Umweltschutzgesetz und die dazugehörigen Verordnungen weitestgehend abgelöst worden. Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass formell der öffentlichrechtliche Immissionsschutz nach wie vor im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen ist (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2000 Nr. 21).

3. Nach Art. 87 Abs. 1 BauG ist die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse entgegen stehen.

a) Erste Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung innerhalb der Bauzonen ist grundsätzlich die Zonenkonformität. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG dürfen Bauten und Anlagen nur bewilligt werden, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Die Zonenkonformität gewährleistet nur einen abstrakt wirkenden öffentlichrechtlichen Immissionsschutz, das heisst es erfolgt keine Prüfung, welche Immissionen eine Baute oder Anlage konkret verursacht. Dies bedeutet, dass die Zonenordnung unabhängig von Personen und ihren Verhältnissen auf durchschnittliche, objektive Bedingungen abstellt und auch so ausgelegt wird (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 364 mit weiteren Hinweisen).

b) Die Liegenschaft der Rekursgegner befindet sich in der Wohnzone, Bauklasse für zwei Vollgeschosse. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BauG umfassen Wohnzonen Gebiete, die sich für Wohnzwecke und nichtstörende Gewerbebetriebe eignen. Sie sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten.

Wohnzonen sind indessen nicht immissionsfreie Räume. Gewisse Immissionen sind mit der Wohnnutzung typischerweise verbunden, so etwa, wenn Kinder im Freien spielen, der Rasen gemäht wird oder in Gärten Feste gefeiert werden. Be-

standteil einer reinen Wohnnutzung ist auch das Halten von Haustieren beziehungsweise die Erstellung entsprechender Bauten. Die Tierhaltung wird so lange als zonengerecht betrachtet, als von den Tieren keine störenden Immissionen verursacht werden. Nicht als zonenkonform wurde zum Beispiel ein Bienenwaderwagen in der Wohnzone beurteilt (Heer, a. a. O., N 370). Mit Blick auf die Geruchs- und Lärmeinwirkungen auf die Umgebung erachtet das Baudepartement des Kantons St.Gallen Pferdeboxen für die Haltung von maximal vier Pferden als zonenkonform (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 36). In Bezug auf Hunde hat das Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen am 7. April 2005 entschieden, dass unabhängig von der Rasse in der reinen Wohnzone das Halten von höchstens drei erwachsenen Hunden und die Aufzucht von maximal einem Wurf pro Jahr gerade noch als zonenkonform gelte (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2005 Nr. 4). Mehrere Papageien können wegen ihres Geschreis in einer Wohnzone nicht in einer Aussenvoliere toleriert werden, was aber nicht für eine entsprechende Haltung in Innenvolieren gilt (BJM 1985 S. 327).

c) Die Vorinstanz kam vorliegend auf Grund von Abklärungen beim Schweizerischen Verband für Vogelhaltung PARUS zum Schluss, dass die Haltung von 60 Kanarienvögeln, Wellen- und Nymphensittichen in Innenvolieren mit der reinen Wohnnutzung vereinbar sei, weil diese nicht pfeifen, sondern bloss leise piepsen beziehungsweise «chäderen». Vor Ort konnte das Baudepartement denn auch feststellen, dass auf dem Vorplatz des Rekursgegners das Gezwitscher aus den Innenvolieren beziehungsweise dem Holzverschlag selbst bei offenem Garagentor nicht stärker wahrnehmbar ist als die Heizungen der benachbarten Einfamilienhäuser oder das Tschilpen und Pfeifen der frei lebenden Vögel. Die Zonenkonformität der vorliegenden Vogelhaltung wird denn auch nicht mehr ernsthaft bestritten. Daran ändert nichts, dass sich bei der zweiten Begehung nur noch 40 Vögel in den Volieren befunden haben. Laut Auskunft des Service-Center PARUS bewirkt nämlich die Reduktion der Anzahl der hier gehaltenen Vögel kaum eine Lärmreduktion. Die Zonenkonformität der Innenvolieren für 60 Kanarienvögel, Wellen- und Nymphensittiche ist somit gegeben.

d) Die Feststellung der Zonenkonformität bedeutet indessen nicht, dass die Baubewilligung bedingungslos erteilt wird und die konkret erzeugten Immissionen in der Umgebung hingenommen werden müssen. Für deren Beurteilung ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob die Vorschriften der Umweltschutzgesetzgebung eingehalten werden.

4. a) Die Einwirkungen von Volieren hinsichtlich Lärm unterstehen dem Umweltschutzgesetz. Das Bundesgericht beurteilt nämlich nicht nur den Lärm technischer Quellen (zum Beispiel von Strassen oder Gewerbebetrieben), sondern auch so genannten Alltags- oder Verhaltenslärm nach Umweltrecht. Es lässt insbesondere die Unterscheidung in technischen und natürlichen Lärm nicht gelten, sondern knüpft an den Begriff der Einwirkungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 USG an (BGE 123 II 74, Erw. 3a, URP 1997, S. 122).

Als entscheidend erweist sich die Interpretation der Wendung «Betrieb von Anlagen»: Aller Lärm, der direkt mit einer Anlage verbunden ist – auch jener von Menschen und Tieren – und sich für die Nachbarn als schädlich oder lästig erweisen kann, ist den immissionsschutzrechtlichen Vorschriften von Art. 11 ff. USG unterworfen, soweit er durch die normale, zweckgemässe Nutzung der Anlage hervorgerufen wird (BGE 123 II 74, Erw. 3b mit Hinweisen auf die Literatur; URP 1998, S. 162 f.). Die Geltung des Umweltschutzgesetzes kann insbesondere nicht von der kommerziellen Nutzung der Anlage abhängig gemacht werden; Lärm von Menschen ist demnach bei einem Kinderspielplatz nicht anders zu behandeln als bei einem Dancing oder Café (BGE 123 II 74, Erw. 3d, URP 1997, S. 122).

b) Mithin gilt das Lärmschutzrecht des Bundes unter anderem auch für Hundezwinger (URP 1995, S. 31) oder einen Stall für zwei Ponys (URP 1998, S. 77 und S. 162, Erw. 3a; zu weiteren Entscheiden betreffend Alltagslärm vergleiche die Nachweise bei R. Wolf, Auswirkungen des Lärmschutzrechts auf Nutzungsplanung und Baubewilligung, AJP 1999, S. 1064). Vom Begriff der Einwirkung ausgehend, muss selbst der Lärm wild lebender Tiere nach den Vorschriften des Umweltschutzgesetzes beurteilt werden, wenn er kausal mit einem als Anlage zu qualifizierenden Lebensraum in Verbindung steht (zum Beispiel ein künstlich angelegtes Biotop, in dem sich quakende Frösche niederlassen; URP 2000, S. 246 f.).

5. a) Als neue Anlage (Art. 25 Abs. 1 USG) müssen Volieren hinsichtlich Lärm den Anforderungen von Art. 23 USG i.V. m. Art. 15 USG genügen, wonach die Lärmbelastung – spürbar – unter dem Niveau liegen muss, das die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich stören würde. Zusätzlich sind die technisch und betrieblich möglichen und wirtschaftlich tragbaren Massnahmen zur Emissionsbegrenzung im Sinn von Art. 11 Abs. 2 USG zu treffen (Art. 7 Abs. 1 LSV; BGE 118 Ib 590, Erw. 3c; Wolf, a. a. O., S. 1062).

b) Ob das Zwitschern der Vögel im Sinn dieser Bestimmungen die Bevölkerung erheblich stört, kann sich nicht allein nach dem Empfinden eines einzelnen Nachbarn richten. Richtschnur ist vielmehr eine objektive Lärmempfindlichkeit (Ch. Zäch, Kommentar USG, Art. 15, N. 14 f.). Im vorliegenden Fall ist zudem zu beachten, dass oft nicht allein die Intensität des Lärms stört, sondern dass die im Schall enthaltene Information über die Quelle und ihre Betreiber eine wichtige Rolle spielt (R. Hofmann, Keine Grenzwerte – kein Lärm?, URP 1994, S. 428).

c) Fehlen die Voraussetzungen für die Anwendung von Grenzwerten, muss der Richter ohne Rückgriff auf diese im Einzelfall auf Grund richterlicher Erfahrung beurteilen, ob eine unzumutbare Störung vorliegt. Dabei sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit beziehungsweise Lärmvorbelastung der Zonen, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen. Schallpegelmessungen können möglicherweise eine gewisse Hilfestellung geben; sie sind jedoch angesichts des Fehlens gesicherter Grenzwerte bloss von untergeordneter Bedeutung (vergleiche BGE 123 II 335, Erw. 4 d.bb; Pra 1997 Nr. 166, Erw. 3b). Der Richter hat dabei die konkreten Verhältnisse des

Einzelfalls zu beurteilen (LGVE 2000 Nr. 10, S. 203). Abklärungen sind allerdings nur nötig, wo ernsthafte Gründe für die Annahme bestehen, dass unzulässiger Lärm auftritt (Art. 36 Abs. 1 LSV); bei Bagatellbelästigungen sind weder Messungen noch Lärmgutachten erforderlich (BGE 123 II 74, Erw. 5a = Pra 1997 Nr. 103 = URP 1997, S. 122).

6. a) Im vorliegenden Fall haben die Innenvolieren den Anforderungen von Art. 25 USG und Art. 7 Abs. 1 Bst. b LSV zu genügen, das heisst die Vogelhaltung muss mangels unmittelbar anwendbarer Planungswerte ein Immissionsniveau einhalten, bei welchem nach richterlicher Beurteilung höchstens geringfügige Störungen auftreten. Weiter ist zu prüfen, ob das störende Vogelgezwitscher gestützt auf das in Art. 11 Abs. 2 USG konkretisierte Vorsorgeprinzip, welches in Art. 7 Abs. 1 Bst. a LSV wiederholt wird, weiter begrenzt werden muss. In Frage kommen grundsätzlich betriebliche und bauliche Massnahmen (vergleiche Art. 12 Abs. 1 Bst. b und c USG).

b) Der zweite Augenschein vom 7. März 2005 hat gezeigt, dass die in der Garage gehaltenen Vögel von den Nachbarn lediglich auf dem südlichen Sitzplatz zweier Rekurrenten wahrgenommen werden. An ihrem offenen Schlafzimmerfenster sind die Vögel zwar im gleichen Ausmass hörbar, doch ist unbestritten, dass die Vögel verstummen, sobald es dunkel wird. Das Vogelgezwitscher ist auf dem Sitzplatz nur bei aktivem Horchen sehr gedämpft wahrnehmbar. Sobald ein weiteres Geräusch dazu kommt, wird es von diesem übertönt. Nach dem Gesagten kann keine Rede davon sein, dass der von den Volieren ausgehende Lärm ein Mass annehme, welches das Wohlbefinden der umliegenden Bewohner störe.

c) Das Gezwitscher der gehaltenen Vögel konnte mit den am ersten Augenschein einvernehmlich beschlossenen Massnahmen markant reduziert werden. Dank der Schallisolierung der ohnehin einzubauenden Lüftung, dem ständigen Geschlossenhalten der seitlichen Garagenfenster und der Verschlagstüre sowie der zusätzlichen Verglasung der Verschlagsfenster stören sich die Rekurrenten – mit zwei Ausnahmen – nicht mehr an den Vögeln. Der Rekurs ist deshalb insofern gutzuheissen, als diese Massnahmen in der angefochtenen Baubewilligung als Auflagen gemäss Art. 87 Abs. 2 BauG aufzunehmen sind.

7. a) Zwei Rekurrenten verlangen darüber hinaus, dass die bestehenden Garagenfenster durch Schallschutzfenster ersetzt werden. Die Kosten dafür wollen sie vollumfänglich übernehmen. Dazu ist zu sagen, dass Lärmemissionen einer neuen Anlage zwar unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Aus dem Vorsorgeprinzip lässt sich aber nicht ableiten, von einer Anlage Betroffene hätten überhaupt keine Belastung hinzunehmen. Das Vorsorgeprinzip hat hinsichtlich der Einwirkungen nicht zwingend eliminierenden Charakter, es leistet aber einen Beitrag zu deren Begrenzung (Heer, a. a. O., N 776).

b) Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer Massnahme ist auf Unternehmungen zugeschnitten, die nach marktwirtschaftlichen Prinzipien, das

heisst gewinnorientiert, betrieben werden. Gehen die zu bekämpfenden Emissionen von anderen Quellen als von Unternehmen aus, die (nur) nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen betrieben werden, so fällt die wirtschaftliche Tragbarkeit im genannten Sinn als Beurteilungskriterium dahin und es sind allfällige wirtschaftliche Gesichtspunkte im Rahmen der allgemeinen Verhältnismässigkeitsprüfung zu beachten. Dementsprechend prüft das Bundesgericht auf Art. 11 Abs. 2 USG gestützte Begehren um zusätzliche Lärmschutzvorkehrungen an Strassenbauten in der Regel «bloss» im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. In diesem Rahmen hat es auch erklärt, falls die massgebenden Planungswerte eingehalten seien, liessen sich weitergehende Emissionsbegrenzungen nur dann rechtfertigen, wenn mit relativ geringem Aufwand eine wesentliche zusätzliche Reduktion der Emissionen erreicht werden könne (BGE 127 II 318; BGE 124 II 512 f.). Die Nachbarn können die Rekursgegner demnach nicht zwingen, irgendwelche bauliche Massnahmen ausführen zu lassen mit dem Argument, diese würden die betroffenen Grundeigentümer ja nichts kosten, weil die Nachbarn dafür aufkommen würden. Begründet werden müsste der Eingriff in das Eigentum der Rekursgegner vielmehr damit, dass die ihnen aufgezwungenen Massnahmen nicht bloss zweckmässig und erforderlich seien, sondern auch zweckproportional. Das heisst, der Eigentumseingriff im konkreten Fall darf nicht schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse an der weiteren Reduktion des Vogelgezwitschers (zur Verhältnismässigkeit siehe: Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 1998 II Nr. 5).

c) Das Baudepartement kommt auf Grund des wiedergegebenen Beweisergebnisses zum Schluss, dass es sich beim nur schwach und lediglich auf der Südterrasse der zwei Rekurrenten hörbaren Gezwitscher um eine Bagatellbelästigung handelt. Zu erinnern ist, dass das Zwitschern der Vögel aus der Nachbargarage im Umgebungsgeräusch aufgeht, sobald in den nahen Büschen Spatzen zu tschilpen oder eine Amsel zu singen beginnen oder im Tal ein Zug vorbeifährt. Mit den bereits aufgenommenen Auflagen hat es somit sein Bewenden. Der Rekurs ist folglich abzuweisen, soweit damit Schallschutzfenster in der Garage der Rekursgegner verlangt werden.

Ergebnis:

Die von zwei Anwohnern geforderten zusätzlichen Schallschutzmassnahmen wurden abgelehnt, nachdem das Vogelgezwitscher auf Grund der bisher getroffenen Massnahmen als Bagatellbelästigung qualifiziert worden war.

## II. Zivilrecht

---

### 103

*Art. 277 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 18 Abs. 2 und 3 SHG (sGS 381.1).* Aus der elterlichen Unterhaltspflicht, die über die Mündigkeit hinausgeht, lässt sich keine Unterstützungseinheit Eltern/mündiges Kind ableiten.

*Departement des Innern, 8. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

3. b) Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Mündigkeit des Kindes (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Hat es dann noch keine angemessene Ausbildung, so haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Die Eltern sind von der Unterhaltspflicht in dem Mass befreit, als dem Kinde zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten (Art. 276 Abs. 3 ZGB). Wo weder Unterhalts- noch Unterstützungspflichtige vorhanden oder diese nicht (ausreichend) leistungsfähig sind, hat das Gemeinwesen die (verbleibenden) Kosten des Unterhalts nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts (Sozialhilfe-/Fürsorgerecht) zu tragen (vgl. P. Breitschmid in: Basler Kommentar ZGB I, 2. Aufl., Basel 2002, N 15 zu Art. 276). Die bundesgerichtliche Praxis erachtet weitere Leistungen indessen nur dann als zumutbar, wenn dem Pflichtigen – unter Berücksichtigung auch seiner weiteren Verpflichtungen – ein den erweiterten Notbedarf um mehr als 20 Prozent übersteigendes Einkommen bleibt (Breitschmid, a. a. O., N 17 zu Art. 277; mit weiteren Hinweisen). In der Sozialhilfe gilt ausserdem der Grundsatz, dass Unterstützungseinheit grundsätzlich die Einzelperson ist, weshalb für die Berechnung der Hilfe auf deren finanzielle Situation abzustellen ist. Bei Familien – und in beschränktem Mass – auch bei familienähnlichen Wohn- und Lebensgemeinschaften werden jedoch Vermögen und Einkommen von Personen im gleichen Haushalt mitberücksichtigt. In Hausgemeinschaft lebende Ehegatten und unmündige Kinder mit gleichem Unterstützungswohnsitz sind rechnerisch als ein Unterstützungsfall zu behandeln (vgl. F. Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 136; mit Verweis auf Art. 32 Abs. 3 ZUG). Im Übrigen ist auch aus Art. 18 Abs. 2 und 3 SHG zu schliessen, dass nur Familien mit unmündigen Kindern eine Unterstützungseinheit bilden können.

### III. Verwaltungsrechtspflege

---

#### 104

*Art. 51 VRP (sGS 951.1).* Der Umstand, dass die Rückforderung der während des Rekursverfahrens betreffend Kündigung geleisteten Lohnzahlungen allenfalls mit Umtrieben verbunden ist, stellt keine schwere Gefährdung öffentlicher Interessen dar, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde.

*Präsident des Erziehungsrates, 29. Juli 2005*

Aus den Erwägungen:

2. Ein ordentliches Rechtsmittel gegen eine Verfügung, mit der eine vorbestehende Rechtsposition geschmälert werden soll, hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Hingegen kann wegen Gefahr die sofortige Vollstreckbarkeit angeordnet werden (Art. 51 VRP). Nach st.gallischer Rechtsprechung setzt der Entzug der aufschiebenden Wirkung eine unmittelbare Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, die sich mit erheblicher Überzeugungskraft zeigt, voraus (vgl. GVP 1997 Nr. 74, 1994 Nr. 84 und 1990 Nr. 103, je mit Hinweisen). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung erfordert überdies eine Abwägung der bedrohten öffentlichen Interessen der Allgemeinheit mit allenfalls entgegenstehenden privaten Interessen (GVP 1990 Nr. 103).

3. Die Vorinstanz begründet ihr Begehren um Entzug der aufschiebenden Wirkung ausschliesslich mit finanziellen Interessen. Sie bringt vor, dass auf Grund der Unzuverlässigkeit des Rekurrenten nicht auszuschliessen sei, dass er zu viel bezahlten Lohn im Fall einer Abweisung des Rekurses nur verzögert oder gar nicht zurückzahlen werde. Überdies sei die Rückforderung gegenüber Schuldern im Ausland erschwert.

Den Vorbringen der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Inwiefern im vorliegenden Fall eine unmittelbare und schwere Gefährdung von Polizeigütern gegeben sein soll, die den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass im Fall einer Abweisung des Rekurses seit 1. August 2005 geleistete Lohnzahlungen allenfalls mit Umtrieben zurückgefordert werden müssten, stellt keine schwere Gefährdung öffentlicher Interessen im genannten Sinn dar. Es stellt sich überdies die Frage, welche Auswirkungen der vorliegende Rekurs im Fall einer Guttheissung auf das fragliche Anstellungsverhältnis hätte. Die anwendbaren Gesetzesbestimmungen schweigen sich über die Rechtsfolgen aus, die sich ergeben, wenn eine Kündigung durch die Rechtsmittelinanz rückgängig gemacht wird. Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsrechts kann die Zulassung der Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen die administrative

Entlassung nicht dahingehend eingeschränkt interpretiert werden, dass die Beendigung des Anstellungsverhältnisses bei Beschwerdegutheissung lediglich zu einer Entschädigung führen kann (GVP 1995 Nr.3). Dies bedeutet mithin, dass der Rekurrent nach einem allfälligen Obsiegen im vorliegenden Verfahren grundsätzlich weiter zu beschäftigen wäre. Der entsprechende Rechtsschutz gebietet, dass dem Rekurrenten die Einstellung der Lohnfortzahlung während des Rekursverfahrens mit Blick auf die von diesem zu erfüllenden existenzsichernden Verpflichtungen nicht zugemutet wird. Vorliegend fällt schliesslich in Betracht, dass das Dienstverhältnis des Rekurrenten unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist und des Kündigungstermins ordentlich gekündigt wurde. Da selbst im Fall einer vorzeitigen bzw. fristlosen Kündigung während des Rekursverfahrens ein Anspruch auf provisorische Weiterbezahlung des Lohnes auch über das Entlassungsdatum hinaus besteht (vgl. GVP 1996 Nr. 107), gibt es umso weniger einen Grund, dem Begehren der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung gegen eine auf ordentlichem Weg auszusprechende Kündigung, zu entsprechen.

4. Das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen.

## 105

*Art. 105 VRP (sGS 951.1).* Die von Dritten in Rechnung gestellten Kosten für die Durchführung der Ersatzvornahme dürfen nicht ungeprüft weiterbelastet werden.

*Baudepartement, 22. August 2005*

Sachverhalt:

Die zuständige Behörde liess die angedrohte und verfügte Ersatzvornahme durch eine Unternehmung durchführen und stellte in der Folge die von der beauftragten Unternehmung geltend gemachten Kosten vollumfänglich dem Pflichtigen in Rechnung.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Lehre und Rechtsprechung bedeutet Ersatzvornahme, dass die Behörde eine vom Pflichtigen rechtswidrig verweigerte, vertretbare Handlung auf dessen Kosten durch eine amtliche Stelle oder einen Dritten vornehmen lässt (B. Heer, Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, Diss. Zürich, St.Gallen 1975, S. 21; HP. Geiser, Rechtsschutz im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, Diss. St.Gallen 1978, S. 24; Chr. Ackermann Schwendener, Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts, Diss. Zürich 2000, S. 33 ff., je mit Hinweisen).

Die Kostentragungspflicht der pflichtigen Person ist integrierender Bestandteil der Ersatzvornahme und besteht daher auch ohne ausdrückliche Normierung; die Umwandlung der Realleistungspflicht in eine Kostentragungspflicht ist gerade Wesensmerkmal der Ersatzvornahme (Ackermann Schwendener, a. a. O., S. 90; Geiser, a. a. O., S. 101; Heer, a. a. O., S. 137 f.; M. Ogg, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Diss. Zürich 2002, S. 179). Voraussetzung ist, dass die Ersatzvornahme rechtmässig geschehen ist (Geiser, a. a. O., S. 101; Ackermann Schwendener, a. a. O., S. 36 und 92).

Die Pflicht zum Kostenersatz erfährt alsdann eine Beschränkung durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wonach die Behörden für eine zweckmässige Ausführung im Rahmen der üblichen Preise zu sorgen haben. An die Sorgfaltpflicht der Behörde ist dabei ein durchschnittlicher Massstab anzulegen (Ackermann Schwendener, a. a. O., S. 95). Sowohl die Überwälzung von Kosten für nicht notwendige oder unzumutbare Massnahmen als auch die Auferlegung von übermässigen beziehungsweise nicht angemessenen Kosten verletzen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Heer, a. a. O., S. 146; Geiser, a. a. O., S. 105; Ackermann Schwendener, a. a. O., S. 95).

Rechnungen Dritter darf die Behörde nicht ungeprüft weiterbelasten. Vielmehr muss sie kontrollieren, ob der geltend gemachte Betrag dem tatsächlichen Aufwand entspricht und ob die Kostenansätze im Rahmen allfälliger Tarife oder im Rahmen der Ansätze der entsprechenden Branche liegen (Heer, a. a. O., S. 146; Ackermann Schwendener, a. a. O., S. 97).

Vom Pflichtigen ist Kostenersatz auch nur insoweit geschuldet, als die verlangten Kosten adäquat kausal auf das pflichtwidrige Unterlassen der vertretbaren Handlung zurückzuführen sind. Kosten, deren Entstehung vernünftigerweise nicht mehr der Renitenz des Pflichtigen zugeschrieben werden können, sind nur zu ersetzen, wenn dies rechtssatzmässig besonders vorgesehen wird (Ogg, a. a. O., 181).

Ergebnis:

Der von der beauftragten Unternehmung in Rechnung gestellte Zeitaufwand erwies sich als übersetzt, weshalb der für die Ersatzvornahme zu leistende Betrag entsprechend reduziert wurde.