

B. VERWALTUNGSPRAXIS

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

114

Art. 19 BV (SR 101); Art. 2 Bst. m und Art. 3 Bst a KV (sGS 111.1); Art. 34 Abs. 1 Bst. c VSG (sGS 213.1); Art. 6 Abs. 1 Bst. c VVU (sGS 213.12). Ein Therapieangebot (Psychomotorik), das organisatorisch strikt vom obligatorischen Unterricht getrennt ist und insbesondere nicht der Aufarbeitung allfälliger Defizite aus dem Schulunterricht dient, ist Schülerinnen und Schülern, welche eine Privatschule besuchen bei ausgewiesenem Bedarf gleichermassen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wie Schülerinnen und Schülern, welche die öffentliche Volksschule besuchen.

Erziehungsdepartement, 19. Dezember 2006

Sachverhalt:

A. besucht seit Beginn des Schuljahres 2005/06 eine Privatschule. Weil A. in der Schule unter Kopf- und Bauchschmerzen litt, sich schlecht konzentrieren konnte und manchmal geistig abwesend war, stellte der Kinderarzt von A. bei der Schulgemeinde B. ein Gesuch um Kostengutsprache für eine Psychomotorik-Therapie bei der Therapiestelle C. in D., welche auch für die Schulkinder der öffentlichen Schule B. genutzt wird. Der Schulrat wies das Gesuch mit Verfügung vom 12. Juni 2006 mit der Begründung ab, dass der Entscheid für den Besuch einer Privatschule im Grundsatz den Verzicht auf das gesamte Angebot der öffentlichen Schule beinhaltet. Dagegen erhoben die Eltern von A. am 26. Juni 2006 Rekurs beim Erziehungsdepartement.

Aus den Erwägungen:

2. a) Sorgen Eltern auf eigene Initiative für die Beschulung ihres Kindes in einer Privatschule, besteht gegenüber dem Volksschulträger am Aufenthaltsort grundsätzlich kein Anspruch auf Übernahme des Schulgeldes. Gleiches gilt hinsichtlich

Kostenbeteiligung für fördernde Massnahmen nach Art. 34 ff. VSG i.V. m. Art. 6 VVU. Aus der Verpflichtung von Art. 62 BV, dass die Kantone für ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen haben, folgt nicht, dass Kinder im schulpflichtigen Alter einen genügenden und unentgeltlichen Unterricht an einem beliebigen Ort beanspruchen können (M. Borghi, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1988, Art. 27 aBV N. 55). Umso weniger kann daraus ein Anspruch auf unentgeltlichen Unterricht an einer beliebigen Privatschule abgeleitet werden. Die Bestimmungen des Volksschulgesetzes über den Privatschulunterricht beschränken sich auf die Aufsicht des Staates (Art. 1 Abs. 2 i.V. m. Art. 115 und 123 VSG; vgl. im Übrigen GVP 1997 Nr. 59). Auch Art. 3 KV kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass vom Schulangebot der öffentlichen Schule bzw. vom Angebot einer Privatschule beliebig Gebrauch gemacht werden kann. Wer sich entscheidet, eine Privatschule zu besuchen, verzichtet im Grundsatz auf das gesamte Angebot der öffentlichen Schule (vgl. GVP 1995, Nr. 86 S. 198 und GVP 2003, Nr. 99 S. 273 f.).

b) Die Gleichbehandlung von Schülerinnen und Schülern von Privatschulen mit solchen der öffentlichen Schule kann indessen ausnahmsweise angezeigt sein, wenn ein Angebot vom obligatorischen Unterricht organisatorisch strikt getrennt ist. Wird es mit diesem weder stundenplanmässig noch organisatorisch verknüpft, so liegen insoweit keine ungleich zu behandelnden Sachverhalte vor, als die Schülerinnen und Schüler aus der öffentlichen Schule verglichen mit denjenigen aus privaten Schulen eine identische Ausgangslage zum Besuch des Angebots aufweisen. Dies schlägt sich nicht nur in der Zulassung zum Angebot, sondern auch in der Kostenerhebung nieder (vgl. GVP 1995 und 2003 a. a. O.)

3. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. c VSG sorgt die Schulgemeinde für die Behandlung von Schülern mit Lern-, Leistungs- oder Verhaltensstörungen. Die Regierung bezeichnet durch Verordnung die zulässigen Therapien und den zulässigen Stützunterricht (Art. 34 Abs. 2 VSG). In Art. 6 Abs. 1 Bst. c VVU wird Psychomotorik als eine der zulässigen Hilfen aufgeführt; sie ist somit bei ausgewiesenem Bedarf Bestandteil des obligatorischen Unterrichts. Bewilligung und Finanzierung von Therapien und Stützunterricht nach Art. 6 VVU setzen ein bestimmtes Abklärungsverfahren und die Anordnung durch den Schulrat voraus (Art. 34 Abs. 3 VSG). Danach ordnet der Schulrat Therapien und Stützunterricht nach Anhören der Eltern und der Kindergärtnerin oder des Lehrers an. Kindergärtnerin, Lehrer, Schulpsychologe und Schularzt sind antragsberechtigt.

b) Weder die Schule B. noch die Privatschule bieten in ihren Schulräumlichkeiten Psychomotorik an. Den Schülerinnen und Schülern der Gemeinde B. steht indessen das externe Angebot der Therapiestelle C. in D. unentgeltlich zur Verfügung. Diese bietet Psychomotorik für die Schülerinnen und Schüler der öffentlichen Schulen von B. und Umgebung an. Die Therapien finden in einem eigens für diesen Zweck eingerichteten Therapieraum statt. Die Therapiestunden werden jeweils ausserhalb der Unterrichtszeit nach Stundenplan bzw. an Randstunden angesetzt. Der Transport erfolgt in der Regel durch die Eltern auf privater Basis;

Schulbustransporte sind die Ausnahme. Abklärungsstelle ist neben dem Schulpsychologischen Dienst des Kantons St.Gallen auch die Therapiestelle C. Das Verfahren zwischen Antragstellung und Bewilligung der Psychomotorik ist für Schülerinnen und Schüler der Privatschule sowie für Schülerinnen und Schüler der öffentlichen Schulen von B. und Umgebung identisch. Hinsichtlich Therapiezweck sollen mit Psychomotorik allgemeine Verzögerungen und Defizite in der Entwicklung eines Kindes behoben werden. Psychomotorik weist insoweit keinen unmittelbaren Zusammenhang bzw. keine Kausalität zum Unterricht nach Stundenplan auf. Psychomotorik dient insbesondere nicht der Aufarbeitung allfälliger Defizite aus dem Schulunterricht.

Nach dem Gesagten handelt es sich bei der durch die Therapiestelle C. für mehrere Schulträger zentral angebotenen Psychomotorik um ein teilbares Angebot im Sinne der Rechtsprechung (vgl. GVP 1995 Nr.86 und GVP 2003 Nr.99). Es gibt somit keinen Grund, die Rekurrenten im Vergleich zu Eltern, deren Kinder die öffentliche Volksschule besuchen, bei der Kostentragung ungleich zu behandeln. Voraussetzung ist immerhin, dass die beantragte Therapie in der Sache durch den Schulrat mit rekursfähiger Verfügung angeordnet wird. Ein allfällig ablehnender Entscheid könnte mit Rekurs bei der Regionalen Schulaufsicht angefochten werden. Vorliegend ist die Therapiebedürftigkeit von A. unbestritten. Der Schulrat hat nach dem Gesagten die Kostengutsprache für Psychomotorik zu erteilen.

2. Bürgerrecht

115

Art. 8ter Abs. 2 und Art. 7bis BRG (sGS 121.1); Art. 14 BÜG (SR 141.0). Bei der Besonderen Einbürgerung eines ausländischen Jugendlichen darf das schulische Verhalten berücksichtigt werden. Dessen Bedeutung für die Einbürgerungseignung ist danach zu beurteilen, wie schwerwiegend die beanstandeten Vorfälle sind, wie lange das Fehlverhalten angedauert hat, wie weit der Schulbesuch zurückliegt und wie sich der Einbürgerungskandidat heute zum bemängelten Verhalten stellt. Die Einbürgerungseignung setzt ferner Kenntnisse über die Grundlagen der politischen und sozialen Ordnung der Schweiz voraus.

Departement des Innern, 9. Juni 2006

Aus den Erwägungen:

2. a) Die seit dem 1. Januar 2003 in Vollzug stehende KV führte zwei Arten von Einbürgerungen ein; die Einbürgerung im Allgemeinen und die Besondere Einbürgerung. Vorliegend ist eine Besondere Einbürgerung strittig.

Die verfahrensmässige Regelung der Besonderen Einbürgerung erfolgte in der Verordnung über das Einbürgerungsverfahren vom 4. Januar 2005. Sie führte zu einer entsprechenden Änderung des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes.

b) Die Besondere Einbürgerung findet ihre rechtliche Grundlage in Art. 105 KV bis Art. 108 KV und in Art. 8ter BRG. Sie bezieht sich auf Schweizerinnen und Schweizer sowie auf ausländische und staatenlose Jugendliche. Im vorliegenden Zusammenhang sind allein die für ausländische Jugendliche massgebenden Bestimmungen von Interesse. Ausländische Jugendliche verfügen gemäss Art. 106 Abs. 1 KV und Art. 8ter Abs. 2 BRG über einen Anspruch auf selbständige Einbürgerung, sofern sie ein Einbürgerungsgesuch stellen und die in der Kantonsverfassung aufgestellten formellen und materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen erfüllen. In formeller Hinsicht setzt Art. 106 Abs. 1 KV voraus, dass die ausländischen Jugendlichen ihr Einbürgerungsgesuch vor Vollendung des 20. Altersjahrs stellen und eine mindestens zehnjährige Wohnsitzdauer in der Schweiz aufweisen. Von diesen zehn Jahren müssen die Gesuchsteller wenigstens fünf Jahre in derjenigen politischen Gemeinde wohnen, in welcher sie sich einbürgern lassen wollen. Die materiellen Eignungsvoraussetzungen bestimmen sich gemäss Art. 8ter Abs. 2 BRG nach Art. 7bis BRG. Gestützt auf Art. 7bis BRG sind wiederum die Kriterien nach Art. 14 BÜG zu beachten. Art. 14 BÜG erklärt einen Gesuchsteller insbesondere dann zur Einbürgerung geeignet, wenn er in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert ist (Bst. a), mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten Sitten und Gebräuchen vertraut ist (Bst. b), die schweizerische Rechtsordnung beachtet (Bst. c) sowie

durch sein Verhalten die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz nicht gefährdet (Bst. d).

3. a) (...)

b) Aus den dargelegten Argumenten ergibt sich, dass vorliegend in erster Linie die Anwendung von Art. 14 Bst. a und Bst. b BÜG in Frage steht. (...) Während es in Art. 14 Bst. a BÜG in der Hauptsache um die Integration in der Schweiz geht, hat Art. 14 Bst. b BÜG das Vertrautsein mit den schweizerischen Verhältnissen zum Gegenstand. Integration bedeutet die Aufnahme der ausländischen Person in die schweizerische Gemeinschaft und die Bereitschaft der Person, sich in das gesellschaftliche Umfeld einzufügen, ohne deswegen aber ihre Eigenheit oder Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 26. August 1987, in: BBl 1987 II 304). Noch vorhandene Beziehungen zum Herkunftsstaat – etwa im Rahmen gelebter familiärer Beziehungen – stehen einer Einbürgerung daher nicht grundsätzlich entgegen. Da jedoch das gesellschaftliche Verständnis von Integration im Laufe der Zeit Änderungen unterworfen ist, lassen sich die für eine gelungene Integration massgebenden Kriterien kaum je abstrakt und abschliessend festlegen. Mit dem Vertrautsein ist die Übernahme der schweizerischen Lebensgewohnheiten und Sitten gemeint. Es bedeutet einen Zustand bereits fortgeschrittener Integration und beruht auf einer im Ermessen des einzelnen Ausländers liegenden Entwicklung, die darin besteht, die ausländische und die schweizerische Kultur zu verbinden (vgl. Botschaft zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 26. August 1987, in: BBl 1987 II 305). Zum Vertrautsein gehören zum einen Kenntnisse einer der Landessprache, aber auch ein entsprechendes Wissen über schweizerische Sitten und Gebräuche. Um als Bürgerin bzw. Bürger im politischen System der Schweiz mitwirken zu können, sind auch Kenntnisse über die Grundlagen der politischen und sozialen Ordnung notwendig.

Minderjährige Personen sollten den materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen der Integration und des Vertrautseins mit den schweizerischen Verhältnissen ihrem Alter entsprechend sinngemäss genügen.

c) Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Schulzeit des Rekurrenten nicht problemlos verlaufen ist. In der Stellungnahme der Schulverwaltung vom 29. August 2005 wird festgehalten, dass der Rekurrent seinen Platz in der Gesellschaft und der Klasse häufig über Gewalt gesucht habe. Diese Einschätzung der Schulverwaltung beruht in erster Linie auf einem von der Schulleitung des Oberstufenzentrums A am 7. Januar 2004 verfassten Schreiben. Darin wird den Eltern des Rekurrenten mitgeteilt, dass der Rekurrent am letzten Schultag des Jahres 2003 in eine Streitigkeit verwickelt gewesen sei. Die anfänglich harmlose Auseinandersetzung habe mit einem doppelten Nasenbeinbruch eines Mitschülers geendet. Der Rekurrent werde nicht als Alleinschuldiger der Auseinandersetzung bezeichnet, jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass Gewaltanwendungen auf dem Schulareal in dieser Form nicht geduldet werden. Da er in dieser Hinsicht kein unbeschriebenes Blatt sei, werde ihm für den Wiederholungsfall die Einleitung schulrätlicher Massnahmen ange-

droht. In der Stellungnahme der Schulverwaltung vom 29. August 2005 wird überdies festgehalten, dass es neben dem dargelegten Begebnis zu weiteren Vorfällen gekommen sei, diese jedoch nicht aktenkundig seien. Die Vorinstanz schloss aus dem von der Schulverwaltung dargelegten Verhalten, dass dem Rekurrenten die für die Einbürgerung erforderliche Bereitschaft fehle, sich an die schweizerischen Sitten und Gebräuche zu halten. Ob jemand in diesem Sinn in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert und mit ihnen vertraut ist, kann in der Regel nicht direkt bewiesen werden, sondern muss mit Hilfe von Indizien erstellt werden. Dies bedeutet es müssen Umstände vorliegen, die auf die zu beweisende Eingliederung und Vertrautheit mit Sicherheit oder doch mit möglichst hoher Wahrscheinlichkeit schliessen lassen bzw. diese im Gegenteil ausschliessen (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 621). Vorliegend ist demnach strittig, ob der Einbürgerungsrat gestützt auf die eingangs genannten Begebenheiten den Schluss ziehen durfte, dass der Rekurrent nicht willens oder nicht fähig sei, sich in die schweizerischen Verhältnisse einzugliedern.

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Freiheit in der Beweiswürdigung bedeutet, dass der Einbürgerungsrat an keine starren Beweisregeln gebunden ist. Ihm wird weder vorgeschrieben, wie ein gültiger Beweis zustande zu kommen hat, noch welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben. Massgebend ist die innere Qualität der Beweise. Diese ergibt sich aus ihrer anzunehmenden Übereinstimmung mit der Wirklichkeit. Die Würdigung hat sich deshalb auf vernünftige und nachvollziehbare Überlegungen abzustützen (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 616; Gygi, a. a. O., S. 278 f.). Die Nichtbefolgung der schulischen Pflichten durch den Rekurrenten in Form einer gewalttätigen Auseinandersetzung kann als ein Zeichen dafür angesehen werden, dass er nicht bereit ist, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen. Allerdings gilt es ebenfalls zu beachten, dass die vorliegend strittigen Einbürgerungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Gesucheinreichung bzw. anlässlich der Einbürgerungsverfügung erfüllt sein müssen. Die Eingliederung in die schweizerischen Verhältnisse ist daher auf diesen Zeitpunkt hin zu prüfen.

Ein schulisches Fehlverhalten allein genügt in der Regel nicht, um gestützt darauf einem Einbürgerungswilligen die Eignung abzusprechen. Die Folgerung der Nichteignung hängt insbesondere auch von den Antworten auf die Fragen ab, wie schwerwiegend die zu beanstandeten Vorfälle sind, wie lange das Fehlverhalten andauert hat, wie weit der Schulbesuch zurückliegt und wie sich der Rekurrent heute zum bemängelten Verhalten stellt. Somit kann ein schulisches Fehlverhalten zwar als Indiz für eine ungenügende Integration gewertet werden, die Eignung zur Einbürgerung kann gestützt darauf jedoch erst verneint werden, wenn auch keine weiteren Umstände dafür sprechen. Vorliegend ist in diesem Zusammenhang zunächst zu beachten, dass in den Akten lediglich ein einziges konkretes Vorkommnis umschrieben wird. Dieses Vorkommnis ist angesichts des daraus resultierenden doppelten Nasenbeinbruchs eines Mitschülers als schwerwiegend zu werten.

Allerdings ist das Mass der rekurrentischen Beteiligung an der geschilderten Prügelei unklar. Im Schreiben der Schulleitung des Oberstufenzentrums A vom 7. Januar 2004 wird der Rekurrent ausdrücklich nicht als Alleinschuldiger bezeichnet. Ob er deshalb als eine Art Mitläufer anzusehen ist oder dennoch – wenn auch nicht allein – entscheidend zur Verletzung des Mitschülers beigetragen hat, bleibt gestützt auf diese Umschreibung offen. So kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Ursache seines gewalttätigen Verhaltens nicht in einer Verweigerungshaltung gegenüber der geltenden Ordnung lag, sondern unter Umständen im Gegenteil aus dem Wunsch «dazuzugehören» oder «dabeizusein» resultierte. Immerhin hat sich der Rekurrent seit der schriftlichen Ermahnung vom 7. Januar 2004 kein Fehlverhalten mehr zu Schulden kommen lassen. Die Schulverwaltung deutet in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2005 zwar an, dass es neben den im Schreiben der Schulleitung des Oberstufenzentrums erwähnten Vorkommnissen noch zu zusätzlichen Vorfällen gekommen sei, doch kann aus dieser auf blossem Hörensagen beruhenden und jegliche Präzisierung vermissenden Aussage nichts weiter abgeleitet werden. Da es in der Folge zu keinerlei dokumentierten Aktivität seitens der Schulleitung mehr kam, ist davon auszugehen, dass sich der Rekurrent die Zurechtweisung zu Herzen genommen und sich den Rest seiner Schulzeit – rund eineinhalb Jahre lang – entsprechend wohlverhalten hat. Zu beachten ist ausserdem, dass sich der Rekurrent seit dem August 2005 in einer Ausbildung zum Bodenleger befindet und im Rahmen dieser Ausbildung ebenfalls zu keinen Beanstandungen mehr Anlass gegeben hat. Vielmehr äussert sich sein Arbeitgeber im Schreiben vom 18. Dezember 2005 ausgesprochen positiv über das Verhalten des Rekurrenten. Des Weiteren fällt in Betracht, dass der Rekurrent im Verlauf des am 26. Oktober 2005 geführten Einbürgerungsgesprächs gemäss dem hierzu erstellten summarischen Protokoll keine Gelegenheit erhielt, sich zu seinem Verhalten zu äussern. Dies wäre angesichts seiner unklaren Beteiligung an der Ende des Jahres 2003 stattgefundenen Streitigkeit angebracht gewesen, zumal wie dargelegt sein Verhalten sowohl im Sinn einer fehlenden Eingliederung wie auch im Sinn einer fehlgeleiteten Eingliederung verstanden werden könnte.

Die Gesamtbeurteilung der vorliegend gegebenen Umstände zeigt, dass das schulische Fehlverhalten des Rekurrenten als Indiz für die fehlende Eignung des Rekurrenten überbewertet wurde. Dem schulischen Verhalten ohne jegliche Berücksichtigung der übrigen Umstände – der ungeklärten Rolle des Rekurrenten im Rahmen des erwähnten Streites und dem seitdem nicht mehr zu Beanstandungen Anlass gebenden Verhalten – eine solche Bedeutung zuzumessen, würde letztlich bedeuten, dass einem Einbürgerungswilligen bei einem irgendwie gearteten schulischem Fehlverhalten ohne Weiteres die Einbürgerung im besonderen Verfahren verweigert werden könnte. Die Vorinstanz hat aus dem ihr bekannten schulischen Fehlverhalten des Rekurrenten demnach zu Unrecht die Schlussfolgerung gezogen, der Rekurrent neige zur Gewaltbereitschaft und sei daher nicht zur Einbürgerung geeignet. Sie hätte dabei auch die in diesem Zusammenhang stehenden übrigen

Umstände in ihre Überlegungen einbeziehen und gegebenenfalls auch weitergehend abklären müssen.

Allerdings stützt die Vorinstanz ihre Beurteilung, dass der Rekurrent im Sinn von Art. 14 Bst. a und Bst. b BÜG zur Einbürgerung nicht geeignet ist, nicht allein auf seine aus dem schulischen Fehlverhalten abgeleitete Gewaltbereitschaft und damit fehlende Eingliederung in die schweizerischen Verhältnisse. Gleichzeitig beanstandet sie beim Rekurrenten als weiteres fehlendes Element der Eingliederung sein fehlendes Interesse am öffentlichen Geschehen sowie als Grund der verneinten Vertrautheit mit den schweizerischen Verhältnissen im Sinn von Art. 14 Bst. b BÜG seine fehlenden Kenntnisse der Staatskunde.

Bei den in Art. 14 Bst. a bis Bst. d BÜG genannten materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen handelt es sich um einen bundesrechtlich vorgegebenen Mindeststandard. Die dort genannten Voraussetzungen müssen daher auf jeden Fall erfüllt sein, damit die Eignung einer ausländischen Person zur Einbürgerung bejaht werden kann (vgl. Botschaft zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 26. August 1987, in: BBl 1987 III, 305). Infolgedessen kann aus dem Fehlen genügender Anhaltspunkte für die gegenwärtige Gewaltbereitschaft des Rekurrenten zwar gefolgert werden, dass er allein deswegen nicht als für die Einbürgerung ungeeignet beurteilt werden darf, doch bedeutet dies nicht zwingend, dass er nicht auch aus anderen Gründe als für die Einbürgerung ungeeignet erscheinen könnte. Wie sich aus dem summarischen Protokoll des am 26. Oktober 2005 durchgeführten Einbürgerungsgesprächs ergibt, konnte der Rekurrent verschiedene Fragen zum öffentlichen Leben wie auch im Bereich der Staatskunde nicht beantworten. Im Zeitpunkt des Einbürgerungsgesprächs war der Rekurrent 17 Jahre alt und hatte seine obligatorische Schulzeit bereits hinter sich. Eine besondere Rücksichtnahme auf Alter und Vorbildung war demnach nicht erforderlich, was allerdings nicht bedeutet, dass das zu einer Bejahung der Eignung geforderte Wissensniveau beliebig hoch gesetzt werden kann. In Bezug auf die schweizerische wie auch globale Politik wusste der Rekurrent jedoch kein einziges ihn interessierendes Thema zu nennen. Im Bereich der Staatskunde wusste er weder wie der schweizerische Staat aufgebaut ist, noch vermochte er mit den verschiedenen als Beispiele genannten Grundrechten etwas anzufangen. Aus dem Begriff der Bürgerversammlung konnte er zwar ableiten, dass es sich dabei um eine Versammlung der Bürger handeln müsse, doch war er nicht in der Lage, etwas mehr über deren Bedeutung zu erzählen. Das derart dokumentierte mangelnde Interesse am öffentlichen Geschehen in Verbindung mit dem nicht vorhandenen Wissen über die schweizerische Staatsordnung lässt den Schluss zu, dass der Rekurrent in dieser Hinsicht nicht genügend in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert bzw. nicht hinreichend mit ihnen vertraut ist. Die an ihn gestellten Anforderungen können unter diesen Umständen auch nicht als übermässig hoch angesehen werden. Das Fehlen grundlegender Kenntnisse wird denn auch von keinem der Verfahrensbeteiligten ernsthaft bestritten. Vielmehr gesteht der Rekurrent selbst ein, dass diese Einschätzung durch den Einbürgerungsrat nachvollziehbar sei.

Der Einbürgerungsrat ist somit im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Rekurrent die materiellen Einbürgerungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Gestützt auf das fehlende Wissen zum öffentlichen Geschehen und in der Staatskunde sind hinreichend Anhaltspunkte vorhanden, dass der Rekurrent nicht im Sinn von Art. 14 Bst. a und Bst. b BÜG in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert sowie mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut ist. Damit erweist sich die Ablehnung der Einbürgerung als rechtmässig. Der gegen die Abweisung der Einbürgerung erhobene Rekurs wird daher abgewiesen.

3. Erziehung und Bildung

116

Art. 1 StipG (sGS 211.5); Art. 2 Abs. 2 SHG (sGS 381.1). Sozialhilfeleistungen sind subsidiär gegenüber Leistungsverpflichtungen Dritter. Sie können erst ausgerichtet werden, wenn auch die spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Gesuchstellers, wozu Stipendien gehören, ausgeschöpft worden sind.

Erziehungsdepartement, 10. Novemberr 2006

Sachverhalt:

A. schloss im Juli 2004 die zweijährige Lehre zum Verkäufer im Bereich Metzgerei mit dem Fähigkeitszeugnis ab. Seit August 2005 absolvierte er die dreijährige Ausbildung zum Logistikkassistenten. Für das Wintersemester 2005/06 und das Sommersemester 2006 wurde ihm ein Studiendarlehen zugesprochen. Am 30. Mai 2006 reichte A. ein weiteres Darlehensgesuch ein. Abklärungen der Abteilung Stipendien und Studiendarlehen beim Sozialamt ergaben, dass A. dort monatliche Beiträge in der Höhe von durchschnittlich Fr. 780.– erhielt. Zusätzlich übernahm das Sozialamt die Krankenkassenprämien sowie allfällige Krankheitskosten. In der Folge rechnete die Abteilung für Stipendien und Studiendarlehen diese Beiträge bei der Berechnung des Studiendarlehens als Eigenleistungen an und lehnte mit Verfügung vom 22. Juni 2006 das Gesuch um Studiendarlehen ab. Dagegen erhob das Sozialamt im Namen und in Vertretung von A. mit Eingabe vom 6. Juli 2006 Rekurs beim Erziehungsdepartement.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 1 StipG gewährt der Staat in ausreichendem Masse Stipendien und Studiendarlehen, soweit die Kosten der Ausbildung oder Weiterbildung einem

Bewerber oder seinen Eltern nicht zugemutet werden können. Unterstützungsleistungen der öffentlichen Sozialhilfe werden geleistet, soweit keine Hilfeleistung durch unterstützungspflichtige Verwandte, andere Private oder private Sozialhilfeeinrichtungen gewährt wird oder diese nicht rechtzeitig verfügbar ist, und soweit kein Anspruch auf Sozialhilfeleistungen oder auf Sozialhilfe nach der besondern Gesetzgebung besteht (Art. 2 Abs. 2 SHG). Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (Art. 9 SHG).

3. a) Fürsorgeleistungen gemäss Sozialhilfegesetz unterliegen dem Grundsatz der Subsidiarität. Sie werden nur gewährt, wenn sich die bedürftige Person nicht selber helfen kann oder wenn Hilfe von dritter Seite nicht rechtzeitig erfolgen kann (vgl. Ziff. 3 vorstehend und Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 71 f.). Staatliche Hilfe soll erst geleistet werden, wenn zunächst alle andern Möglichkeiten der Hilfe ausgeschöpft worden sind (vgl. Wolffers, a. a. O. S. 71). Die Sozialhilfe gilt insoweit «als letztes Auffangnetz im weitreichenden Geflecht sozialer Absicherungen gegen Armutsrisiken und das Abgleiten in existentielle Not» (Kathrin Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002, S. 51).

Diese Subsidiarität gilt insbesondere gegenüber dem Sozialhilfeempfänger selber. In erster Linie ist dieser aufgefordert, durch seine eigene Arbeitskraft für den Lebensunterhalt aufzukommen (vgl. dazu Charlotte Gysin; Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basel 1999, 106 f. und Wolffers, a. a. O., S. 71). Auch das Bundesgericht hält fest, dass «keinen Anspruch hat..., wer solche (Sozial-)Leistungen beansprucht, obwohl er objektiv in der Lage wäre, sich ... aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selber zu beschaffen» (BGE 130 I S. 75 f.).

Sozialhilfeleistungen sind aber auch subsidiär gegenüber Leistungsverpflichtungen Dritter. Sozialhilfe kann erst ausgerichtet werden, wenn u. a. die öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Gesuchstellers wie Stipendien ausgeschöpft worden sind (vgl. Wolffers, a. a. O. S. 72; Urteil des Bundesgerichts 2P 169/2005 E 3.2.; GVP 2000, Nr. 13, S. 37). Sozialhilfebeiträge stellen keine gemeinnützigen Fremdleistungen im Sinn von Art. 22 Abs. 1 Bst. b StipV dar. Das Sozialhilferecht dient auch nicht dazu, generelle Korrekturen für ungenügende Regelungen bei Ausbildungsfinanzierungen vorzunehmen. Sozialhilfeleistungen können im Sinn der absoluten Subsidiarität lediglich im Rahmen von stipendienergänzenden Ausrichtungen im Einzelfall erfolgen oder als Leistungen an Personen, welche die Anspruchsvoraussetzungen für staatliche Ausbildungsbeihilfen nicht erfüllen (vgl. Wolffers, a. a. O., S. 148, Fussnote 106).

b) Der Gesetzgeber hat das Instrument der Studiendarlehen für jene Fälle geschaffen, in denen der Gesuchsteller über eine Erstausbildung verfügt, welche ihm grundsätzlich den Lebensunterhalt gewährleistet. Die Zweitausbildung ermöglicht es dem Gesuchsteller, sich auf dem Arbeitsmarkt durch eine bessere oder zusätzliche Qualifikation besser zu positionieren. Der Gesetzgeber wollte das Erlernen

einer Zweitausbildung und die berufliche Weiterbildung fördern und diese durch Studiendarlehen finanziell unterstützen (vgl. Art. 3 StipG). Studiendarlehen sind zwar grundsätzlich rückzahlbar. Die Rückzahlungs- und Verzinsungsmodalitäten erfolgen jedoch zu moderaten Bedingungen und mit der Möglichkeit der späteren Umwandlung in ein Stipendium (Art. 13 StipV). Fürsorgeleistungen sollen demgegenüber aus einer existenziellen Notlage helfen. Sie sind wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 3 Bst. a vorstehend) letztes soziales Auffangnetz.

A. verfügt bereits über eine Erstausbildung, welche ihm grundsätzlich den Eintritt ins Berufsleben ermöglicht und ihn dazu befähigt für seinen Lebensunterhalt aufzukommen. Es wäre ihm möglich, durch seine eigene Arbeitsleistung für sich selber zu sorgen. Er hat sich aber entschlossen, eine Zweitausbildung zu absolvieren. Dadurch kann er seine berufliche Qualifikation und seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt erhöhen. Aufgrund der absoluten Subsidiarität der Sozialhilfe können einem Gesuchsteller, welcher die für das Überleben erforderlichen Mittel selber beschaffen könnte, keine Sozialhilfeleistungen ausgerichtet werden, da es bereits an einer Anspruchsvoraussetzung fehlt (vgl. BGE 130 I S. 76). A. kann zwar aufgrund seiner begonnenen Zweitausbildung nicht mehr für seinen gesamten Lebensunterhalt aufkommen. Für die Überbrückung der daraus entstehenden finanziellen Engpässe sind indessen Studiendarlehen vorgesehen. Dass sich der Gesuchsteller dabei verschulden muss, liegt im Wesen des Studiendarlehens. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass es dem Gesuchsteller aufgrund der besseren beruflichen Qualifikation nach einer gewissen Zeit möglich ist, sukzessive Rückzahlungen zu leisten. Dafür hat er sozialverträglich Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen vorgeschrieben (vgl. Art. 17 und 18 StipG). Im Übrigen hat jeder Bezüger von Studiendarlehen – ob Sozialhilfeempfänger oder nicht – die Pflicht, das Darlehen zurückzubezahlen. Wie das Sozialamt richtig ausführt ist es mit der Bevorschussung nicht einer eigenen Leistungspflicht nachgekommen, sondern es hat damit geholfen, die Zeit bis zur Auszahlung des Studiendarlehens zu überbrücken. Die Abtretung der Ansprüche aus dem Studiendarlehen diene mithin zur Absicherung der bevorschussten Leistungen.

c) Nach dem Gesagten hat A. Anspruch darauf, dass ihm ein Studiendarlehen ohne Anrechnung von Sozialhilfeleistungen gewährt wird. A. ist unter Zugrundelegung der massgeblichen Stipendienbemessung für das Wintersemester 2006/07 ein Studiendarlehen zuzusprechen.

117

Art. 31 Abs. 1 Bst. c VSG (sGS 213.1) in Verbindung mit Art. 12 des kantonalen Promotions- und Übertrittsreglements¹. Nach Art. 12 PÜR stützt sich der Übertrittsentscheid des Schulrates einerseits auf die Empfehlung der Klassenlehrkraft der 6. Primarklasse, die nach Gesprächen mit den Eltern der 4. bis 6. Klasse ergeht, und andererseits – nicht im mathematischen, sondern im allgemeinen Sinn – auf das aktuelle Notenbild. Der für den Aufnahmeentscheid zuständigen Behörde steht es nicht zu, den Übertrittsentscheid für die Oberstufe schematisch auf Grund der in den Promotionsfächern erzielten Noten oder auf Grund eines Einschätzungsrasters vorzunehmen.

Erziehungsdepartement, 20. September 2006

Sachverhalt:

A. besuchte im Schuljahr 2005/06 die 6. Primarklasse in der Primarschulgemeinde B. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Zuweisungsantrages bezüglich Übertritt in die Oberstufe wies A. in den Fächern Mensch und Umwelt, Deutsch sowie Mathematik einen auf Zehntel gerundeten Notendurchschnitt von 4,8 auf. Der Notendurchschnitt aller Zeugnisnoten betrug 5,15. Mit Verfügung des Oberstufenschulrates B. vom 7. Juni 2006 wurde A. der Realschule zugewiesen. Der dagegen bei der Regionalen Schulaufsicht C. (RSA) erhobene Rekurs wurde mit Entscheid vom 24. Juli 2006 abgewiesen. Dagegen erhoben die Eltern von A. Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Erziehungsdepartement. Der Oberstufenschulrat B. führte an, dass die Vorgaben von Art. 12 PÜR zu wenig griffig seien. Es seien deshalb gemeindeintern ergänzende Kriterien entwickelt worden. Für den Übertritt in die Sekundarschule werde in den Fächern Deutsch, Mathematik sowie Mensch und Umwelt ein Notendurchschnitt von mindestens 5,0 vorausgesetzt.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 88 Abs. 2 Bst. c VRP überprüft das Erziehungsdepartement den angefochtenen Entscheid des Beschwerdegegners auf Willkür. Diesbezüglich ist auf die Rechtsprechung zu Art. 9 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) bzw. Art. 4 der vorgängigen Bundesverfassung abzustellen. Willkür liegt nicht bereits vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn ein Entscheid zur tatsächlichen Situation klar in Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 127 I 54 ff. mit weiteren Hinweisen).

¹ SchBl 1997 Nr. 7 und 9 sowie 2006 Nr. 4, abgekürzt PÜR

3. a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) verankert. Das Bundesgericht umschreibt den Anspruch auf rechtliches Gehör als Recht, vor Erlass eines in seiner Rechtsstellung eingreifenden Entscheides sich zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können (vgl. BGE 124 I 242, 122 II 286; mit Hinweisen).

b) Der Schulrat hält fest, dass der Übertrittsentscheid in Anbetracht des Notendurchschnitts von 4,8 in den Promotionsfächern im Wesentlichen auf Grund eines 14 Kriterien umfassenden Einschätzungsbogens erfolgt ist. Sowohl die antragstellende Klassenlehrkraft als auch der Schulrat haben es nach Lage der Akten unterlassen, den Beschwerdeführern rechtzeitig Einsicht in den für den Übertrittsentscheid als massgeblich bezeichneten Einschätzungsbogen zu gewähren. Dieser ist durch die Klassenlehrkraft erst am 15. Mai 2006, d. h. *nach* dem Übertrittsgespräch vom 9. Mai 2006 ausgefüllt worden. Dieses Vorgehen ist unzulässig. Wird im Übertrittsverfahren als wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Klassenlehrkraft bzw. für den Schulrat ein Kriterienkatalog erstellt und wird eine Schülerin bzw. ein Schüler daran gemessen, besteht kein Grund, den Eltern das Ergebnis dieser Beurteilung im Detail vorzuenthalten. Nach dem vorstehend Gesagten (Bst. a) hätte der massgebliche Einschätzungsbogen den Beschwerdeführern spätestens anlässlich des Übertrittsgesprächs vom 9. Mai 2006 ausgehändigt werden müssen. Die Beschwerdeführer hatten zum damaligen Zeitpunkt indessen keine Möglichkeit, ihren Standpunkt in Kenntnis der Zuweisungs- bzw. Prognosekriterien darzulegen. Damit steht unabhängig von der Vertretbarkeit des Kriterienkatalogs, auf die sogleich zurückzukommen ist, fest, dass im Verfahren vor dem Schulrat der Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör verletzt und damit willkürlich vorgegangen worden ist.

4. a) Nach Art. 31 Abs. 1 Bst. c, d und e VSG ordnet der Erziehungsrat durch Reglement den Übertritt in die Oberstufe, den Übertritt aus einer Privatschule in die öffentliche Schule und den Wechsel zwischen Real- und Sekundarschule. Diesem gesetzlichen Auftrag ist der Erziehungsrat mit Art. 11 bis 18 des Promotions- und Übertrittsreglementes vom 25. Juni 1997 (SchBl 1997, Nr. 7; 1997, Nr. 9; 1999, Nr. 5; abgekürzt PÜR) nachgekommen. Nach Art. 12 PÜR stützt sich der Übertrittsentscheid des Schulrates einerseits auf die Empfehlung der Klassenlehrkraft der sechsten Primarklasse, die nach Gesprächen mit den Eltern der vierten bis sechsten Klasse ergeht, und andererseits – nicht in mathematischem, sondern in allgemeinem Sinn – auf das aktuelle Notenbild.

b) Der für den Aufnahmeentscheid zuständigen Behörde steht es nicht zu, den Übertrittsentscheid für die Oberstufe schematisch auf Grund einzelner oder des Totals der in den Promotionsfächern erzielten Noten oder auf Grund eines Einschätzungsrasters vorzunehmen. Ebenso wenig ist es zulässig, den Übertritt in die

Oberstufe vom Erreichen einer auf eine Zehntelsnote gerundeten Durchschnittsnote abhängig zu machen. Gleiches gilt für eine durch den Schulrat verbindlich festgelegte Bandbreiteregelung. Die Schulbehörde ist vielmehr aufgerufen, das ihr durch Art. 12 PÜR eingeräumte Ermessen im Einzelfall auszuüben. Dabei ist sie zwar bezüglich Noten nicht an die Grenze zwischen einer genügenden und einer ungenügenden Durchschnittsnote (vgl. Art. 4 der Verordnung über den Volksschulunterricht, sGS 213.12) gebunden. Sie kann mithin auch ein Schulkind mit einem genügenden bis guten Notendurchschnitt der Realschule zuweisen. Voraussetzung dafür ist indessen eine triftige individuelle Begründung. Die Anforderungen an eine entsprechende Begründung sind umso höher, je höher der Notendurchschnitt der Schülerin oder des Schülers liegt.

Nach Ziff. 2.1. der Weisungen des Erziehungsrates zur Beurteilung in der Schule vom 15. April 2006 (SchBl 2006, Nr. 4; nachfolgend Weisungen) hat eine Schülerin bzw. ein Schüler, die im Zeugnis die Note 5 erhalten hat, die Lernziele gut erreicht und ist in der Lage, Aufgaben mit erhöhtem Schwierigkeitsgrad teilweise erfolgreich zu lösen. A. wies gegen bzw. am Ende der sechsten Klasse abgesehen vom Fach Mathematik (4,5) in sämtlichen Fächern gute bis sehr gute Noten auf (Notendurchschnitt in den Promotionsfächern 4,83; Notendurchschnitt aller Zeugnisnoten 5,15; vgl. Bst. A vorstehend).

c) Bei dieser Ausgangslage bedürfte es nach dem Gesagten ausserordentlicher Gründe, damit eine Zuweisung von A. zur Realschule vertretbar wäre. Solche ausserordentlichen Gründe fehlen in den Erwägungen und Stellungnahmen zu den angefochtenen Entscheiden und sind auch nicht aus den Akten ersichtlich. Das auf Grund schematisierter Prognosen der Lehrkräfte als ungenügend eingestufte Verbesserungspotenzial ist nicht signifikant. Diese Prognosen sind jedenfalls nicht dazu geeignet, den um 5 liegenden durchschnittlichen Notenwert dergestalt zu relativieren, dass eine Zuordnung des Mädchens zu jenem Drittel Schülerinnen und Schüler gerechtfertigt wäre, welche im kantonalen Durchschnitt den leistungsmässig weniger anforderungsreichen Oberstufentyp zu absolvieren haben; dies umso weniger als die Klassenlehrkraft noch gegen Ende des ersten Semesters des Schuljahres 2005/06 eine günstige Prognose abgegeben hatte. Der zu Beginn des zweiten Semesters des Schuljahres 2005/06 festgestellte vorübergehende Leistungseinbruch (unregelmässige Leistungen) ist mit den geschilderten familiären Spannungen erklärbar. Dem Schulrat ist diesbezüglich vorzuhalten, dass er diese Tatsachen und die bei A. am Ende des Schuljahres erkennbar gewordene neuerliche Leistungssteigerung nicht hinreichend in seine Entscheidungsfindung hat einfließen lassen.

d) Anzumerken bleibt, dass insbesondere Schülerinnen und Schüler, bei denen der Übertritt in die Sekundarschule fraglich ist, nach Art. 12 Abs. 1 PÜR Anspruch darauf haben, dass die bis zum Ende der 6. Klasse bzw. bis zum Ende des Schuljahres gezeigten Leistungen angemessen berücksichtigt werden. Eltern und Schülerinnen bzw. Schüler dürfen m. a.W. darauf vertrauen, dass die bis zum Ende des

Schuljahres effektiv erbrachten Leistungen nicht nur im Schulzeugnis, sondern auch beim Übertrittsentscheid berücksichtigt werden. Gegen die Praxis, Promotions- und Übertrittsentscheide aus Gründen der Schuljahres- bzw. Klassenplanung vorzuverlegen ist zwar im Grundsatz nichts einzuwenden. Zu beachten ist indes, dass es sich diesbezüglich, selbst für den Fall, dass die Entscheide als rekursfähige Verfügungen eröffnet wurden, insoweit nur um provisorische Entscheide handeln kann, als die Schulbehörde am Ende des Schuljahres nicht von einer nochmaligen bzw. abschliessenden Prüfung der Promotions- bzw. Übertrittsvoraussetzungen unter dem Blickwinkel eines möglichen Widerrufs zu Gunsten einer Schülerin bzw. eines Schülers entbunden ist (vgl. Art. 28 VRP).

e) Mit der schematischen Rechtsanwendung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht sind die Vorinstanzen in Willkür im eingangs geschilderten Sinn (Ziff. 2) verfallen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher gutzuheissen. Der Rekursentscheid der Beschwerdegegnerin vom 24. Juli 2006 und die Verfügung des Schulrates vom 7. Juni 2006 sind aufzuheben. Mit Blick auf die Zeitverhältnisse ist es angezeigt, den Übertritt von A. in die Sekundarschule gestützt auf Art. 28 VRP aufsichtsrechtlich anzuordnen.

118

Art. 35bis Abs. 2 VSG (sGS 213.1). Der Schulrat kann die Zuweisung eines teilweise schulreifen Kindes in die Einführungsklasse bzw. in das Einschulungsjahr ohne Zustimmung der Eltern nur auf Grund eines eindeutigen und einlässlich begründeten fachpädagogischen Gutachtens vornehmen. Fremdsprachigkeit ist ohne spezifischen Grund kein Indiz für eine Kleinklassenbedürftigkeit. Sie könnte allenfalls Anlass für Deutschunterricht sein.

Erziehungsrat, 23. Oktober 2006

Aus den Erwägungen:

2. a) Das im Kanton St.Gallen wohnhafte Kind hat das Recht und die Pflicht, jene Schule zu besuchen, die seinen Fähigkeiten entspricht und deren Anforderungen es erfüllt (Art. 45 ff. und Art. 51 VSG). Nach Art. 34 ff. VSG ist der Schulrat gegebenenfalls angehalten, für die Schülerinnen und Schüler Hilfen beim Besuch der Regelklasse oder den Besuch einer Kleinklasse bzw. die Sonderschulung anzuordnen.

b) Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob der Schulrat B. zu Recht dem Einschulungsjahr zugewiesen hat. Das Einschulungsjahr ist ein Schuljahr zwischen dem Kindergarten und der ersten Klasse und dient der Schulung von Kindern, die zwar

schulinteressiert sind, zum Zeitpunkt der Einschulung aber noch über unzureichende Basisfunktionen verfügen (vgl. Richtlinien zur Schaffung von Alternativen zu Einführungsklassen vom 13. Juni 2001; SchBI 2001, Nr. 7-8). Der Stoffplan des Einschulungsjahres orientiert sich im Wesentlichen an den individuellen Voraussetzungen der einzelnen Kinder und am generellen Ziel der Schulfähigkeit. Dabei geht es hauptsächlich um die Förderung der allgemeinen Basisfunktionen (Wahrnehmung, Koordination, Raum-Lage-Orientierung, zeitliche Orientierung, Konzentration, Motorik usw.) und um die Vorstufen der Kulturtechniken (Grafomotorik, Mengenerfassen, Lautierung usw.). Bei der Zuweisung in das Einschulungsjahr ist Art. 35bis VSG, welche Norm sich auf die Einführungsklasse als Form der Kleinklasse bezieht, sachgemäss anzuwenden (vgl. auch Anhang zu den Richtlinien zur Schaffung von Alternativen zu Einführungsklassen, a. a. O.).

c) Gemäss Art. 35bis Abs. 2 VSG kann der Schulrat nur in Ausnahmefällen ohne Zustimmung der Eltern eine Zuweisung eines teilweise schulreife Kindes in die Einführungsklasse bzw. das Einschulungsjahr vornehmen. Er holt das Gutachten einer Fachstelle ein. Der Gesetzgeber verlangt explizit die Zustimmung der Eltern für eine Zuweisung in die Einführungsklasse, weil die Erfahrung gezeigt hat, dass der Erfolg dieser besonderen Schulform eher gewährleistet ist, wenn die Eltern diese befürworten. Fehlt die Zustimmung, könnte dies für das Kind negativere Auswirkungen haben als eine Einschulung in die Regelklasse. Gemäss Rekurspraxis des Erziehungsrates ist die Zuweisung in die Einführungsklasse oder in das Einschulungsjahr ohne Zustimmung der Eltern lediglich bei Vorliegen eines eindeutigen und einlässlich begründeten fachpädagogischen Gutachtens angebracht.

3. a) Eine Zustimmung der Eltern zur Zuweisung in das Einschulungsjahr liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Somit ist zu prüfen, ob ein Ausnahmefall nach Art. 35 Abs. 2 VSG vorliegt, welcher es erlauben würde, B. gegen den Willen ihrer Eltern dem Einschulungsjahr zuzuweisen.

b) Aus dem schulpsychologischen Bericht geht hervor, dass B.'s intellektuelle Leistungsfähigkeit im mittleren Durchschnittsbereich liegt. Der Schulpsychologe befürchtet, dass sie diese nicht in entsprechende Leistungen umsetzen können. B. ist der Expertin des Erziehungsrates indessen weder in der Mathematik- noch in der Sprachstunde speziell aufgefallen. Beim visuellen und auditiven Differenzieren hat sie, abgesehen davon, dass sie sich umständlich an die Arbeit machte, keine Schwierigkeiten gezeigt. Bei der Lautdifferenzierung hatte sie keine Probleme, wengleich ihr Wortschatz recht karg war. Die Lehrerin beurteilt B. zurzeit als Grenzfall; beim Rechnen und Schreiben könne sie in der schwachen und anspruchsvollen Klasse aber gut mithalten. Die Lehrerin ist bereit, B. in der ersten Klasse zu behalten und ihr die durch den SPD geforderte wohlwollende und bestätigende Führung zukommen zu lassen.

Die festgestellten Schwierigkeiten B.'s reichen nicht aus, um sie gegen den Willen ihrer Eltern dem Einschulungsjahr zuzuweisen. B. ist durch die Schularbeit mit den Eltern offenbar bereits so weit auf schulische Leistungen und Schulstoff

eingestellt (Rechnen-Zahlen, Buchstaben-Schreiben), dass eine Rückversetzung ins Einschulungsjahr mittlerweile nicht mehr ihrem aktuellen Interessens- und Leistungsstand entsprechen würde und voraussichtlich kontraproduktiv wäre. Das Mädchen ist sehr darauf bedacht, ihren Eltern Freude zu machen; sie hat bereits vor der Schule «trainiert». Da B. im Rechnen und Schreiben mehreren Mitschülern voraus ist, wäre für sie eine Zuweisung ins Einschulungsjahr demotivierend. Objektiv ist B. zum jetzigen Zeitpunkt ein Grenzfall zwischen Regelklasse und Einführungsklasse bzw. Einschulungsjahr.

Mit Blick auf die Fremdsprachigkeit der Familie ist anzumerken, dass diese ohne spezifischen Grund kein Indiz für eine Kleinklassenbedürftigkeit ist. Sie könnte allenfalls Anlass für Deutschunterricht sein.

Der vom Gesetz geforderte Ausnahmefall, um B. gegen den Willen der Eltern dem Einschulungsjahr zuzuweisen, liegt damit nicht vor.

119

Art. 52 und 53 Abs. 1 VSG (sGS 213.1). Die Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs für Mittelstufenschülerinnen und -schüler ist im Vergleich zur entsprechenden Bewilligung für Kindergarten- und Unterstufenschülerinnen und -schüler – in Anbetracht der altersbedingt fortgeschrittenen schulischen und sozialen Reife – an erhöhte Voraussetzungen zu knüpfen. Einer besonderen schulischen oder familiären Situation einer Schülerin oder eines Schülers kann ungeachtet dessen mit der Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs ausnahmsweise Rechnung getragen werden.

Erziehungsrat, 28. Juli 2006

Aus den Erwägungen:

3. Der Schüler hat nach Art. 52 VSG grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo er sich aufhält. Ausnahmsweise kann der Schulrat den auswärtigen Schulbesuch bewilligen, wenn besondere Gründe, wie unzumutbare Schulwege oder eine sinnvolle Klassenbildung, es rechtfertigen (Art. 53 Abs. 1 VSG). Diese Aufzählung ist exemplarisch, nicht abschliessend, d. h. abgesehen vom Schulweg und der Klassenbildung können auch andere Gründe für die Bewilligung des Schulbesuchs ausserhalb der Aufenthaltsgemeinde sprechen (GVP 1994 Nr. 85 und 1999 Nr. 83). Andererseits ist Art. 53 Abs. 1 VSG eine Kann-Vorschrift, womit der Schulrat einer besonderen Situation grundsätzlich auch auf andere Weise als mit Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs Rechnung tragen kann. Dieses Ermessen des Schulrates ist gerechtfertigt, denn mit einem auswärtigen Schulbesuch wird das

Territorialprinzip, welches die gebietskörperschaftliche Schulorganisation prägt, durchbrochen und eine Ausnahmesituation begründet. Diese führt für den bewilligenden Schulträger zu einer erheblichen finanziellen Belastung, dem keine nennenswerten Kosteneinsparungen gegenüberstehen, und kann unter Umständen zu Komplikationen bei der eigenen Klassenplanung führen (GVP Nr. 1995 Nr. 85 und GVP 1999 Nr. 83). Besondere Gründe für einen auswärtigen Schulbesuch sind daher nicht leichthin anzunehmen. Die Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs für Mittelstufenschülerinnen und -schüler ist im Vergleich zur entsprechenden Bewilligung für Kindergarten- und Unterstufenschülerinnen und -schüler in Anbetracht der altersbedingt fortgeschrittenen schulischen und sozialen Reife zudem an erhöhte Voraussetzungen zu knüpfen.

4. An der genannten restriktiven Praxis ist im Grundsatz festzuhalten. Naturgemäss ist ein Schul- bzw. Klassenwechsel mit Verunsicherung verbunden. Wie die Fachstelle Unterstützungsangebote des Amtes für Volksschule (vgl. Bst. E vorstehend) zutreffend festhält, ist auch einer Kleinklassenschülerin bzw. einem Kleinklassenschüler ein Klassenwechsel nach 2 1/2 Jahren grundsätzlich zuzumuten.

Ungeachtet dessen ist vorliegend der besonderen schulischen und familiären Situation des Sohnes der Rekurrenten angemessene Rechnung zu tragen. Für A. war der schulische Einstieg nur unter erschwerten Bedingungen möglich: Nach dem Besuch der Einführungsklasse wurde er zunächst in die Regelklasse in B. eingeschult, nachdem ihn die Stadt C. aus Platzgründen nicht in die Kleinklasse aufnehmen können; die auswärtige Beschulung in der Kleinklasse in C. wurde erst auf Beginn des zweiten Semesters der zweiten Klasse möglich. A. sah sich darüber hinaus auf Grund der Scheidung seiner Eltern auch mit einschneidenden Veränderungen in seinem familiären Umfeld konfrontiert. Trotz dieser Schwierigkeiten hat sich die schulische Situation in der Kleinklasse der Stadt C. glücklicherweise stabilisiert und positiv entwickelt. Von der ursprünglich in Betracht gezogenen Anordnung der Sonderschulung konnte Abstand genommen werden. Um die schulische Situation des Knaben weiter zu stabilisieren bzw. zu verbessern, ist es angezeigt, dass er in der verbleibenden Primarschulzeit in seiner vertrauten und für ihn lernfördernden Umgebung bleiben kann; dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass in B. eine Kleinklasse *für die Oberstufe* noch nicht gesichert scheint und für A. nicht das Risiko eines *zweimaligen* Schulortwechsels in Kauf genommen werden soll.

Nach Angaben der Vorinstanz wird die neue Kleinklasse im Schuljahr 2006/07 voraussichtlich mit zehn bis elf Schülerinnen und Schüler starten. Die Führung der Kleinklasse ist für B. bereits ab acht Schülerinnen und Schülern günstiger als die auswärtige Beschulung in einer Kleinklasse in C. Bei einem Verbleib des Sohnes der Rekurrenten in der Kleinklasse der Stadt C. wird der Bestand der Kleinklasse in B. hinsichtlich der angestrebten finanziellen Einsparungen mithin nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Die Vorinstanz hat zwar die für den auswärtigen Schulbesuch inkl. allfälligen Schülertransport anfallenden Schulkosten zu übernehmen. Insoweit

werden die mit der Gründung der eigenen Kleinklasse gewonnenen Einsparungen geschmälert. Dieser finanzielle Mehraufwand ist indessen auf Grund der geschilderten besonderen schulischen und familiären Situation von A. hinzunehmen.

Im vorliegenden Fall soll im Übrigen nicht die Qualifikation der Lehrkräfte an beiden Orten bzw. die Qualität des von diesen gebotenen bzw. zu bietenden Unterrichts verglichen werden. Im Vordergrund steht vielmehr die Kontinuität des Schulbesuchs für die verbleibende Primarschulzeit. Abgesehen davon ist der vorliegende Fall unter pädagogischen und familiären Aspekten derart von Besonderheiten geprägt, dass er nicht zum Präjudiz für den Entscheid über spätere Gesuche um Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs werden kann.

Es ist nach dem Gesagten ausnahmsweise gerechtfertigt, A. weiterhin den auswärtigen Schulbesuch in der Kleinklasse der Stadt C. zu bewilligen.

4. Lotterien

120

Art. 1 Abs. 2 LG (SR 935.51). «Planmässigkeit» nach Art. 1 Abs. 2 LG ist nicht als Ausschluss des Spielrisikos des Spielveranstalters, bezogen auf das Spiel zwischen Spielveranstalter und Spielteilnehmer, zu verstehen (BGE 99 IV 25 ff.). Vielmehr bedeutet der Begriff durchdachte (geplante) Einflussnahme des Spielveranstalters auf die Gewinnaussicht der Spielteilnehmer beim (einzelnen) Spiel.

Stellungnahme des Rechtsdienstes des Finanzdepartementes an ein Untersuchungsamt, 18. Mai 2006¹

1. Vorerst ist klarzustellen, dass sowohl Lotterie- wie Spielbankenspiele *Glücksspiele* sind. Nur weil der Begriff «Planmässigkeit» bei der Definition des Glücksspielbegriffs in Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Glücksspiele und Spielbanken (SR 935.52, abgekürzt SBG; – sowie im entsprechenden Vorgängererlass) fehlt und im Titel zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten

¹ Gekürzte und zur Veröffentlichung leicht überarbeitete Fassung.

(SR 935.51; abgekürzt LG) nicht auch «Glücksspiel» steht, ist das Lotteriespiel *nicht kein Glücksspiel*. Der Begriff «Glücksspiel» hat seinen «Gegenpol» im Begriff «Geschicklichkeitsspiel» und ist von diesem abzugrenzen (Art. 3 Abs. 2/3 SBG, hier allerdings nur auf Automaten bezogen). Geschicklichkeit ist geistiges oder körperliches Geschick, also Wissen oder/und körperliche Fertigkeit. Dabei erfolgt die rechtliche Qualifikation als Glücksspiel auch, wenn im Rahmen eines Spiels die Gewinnvoraussetzung sehr weit über dem «normal durchschnittlichen Geschick» liegt², die Geschicklichkeitsvoraussetzung somit sogar für eine geübte Person überdehnt wird³. Glücksspiel i.w.S. verstanden umfasst die Glücksspiele i.e.S. (nach dem SBG sind das eben die Spielbankenspiele), die Lotterien und die lotterieähnlichen Spiele. Ebenfalls «Glücksspiel» ist die (gewerbsmässige) Wette. Sie hat allerdings «Mischcharakter», weil sie – zumindest von der Spielsystematik her – als Totalisatorwette dem Lotterie- und als Buchmacherwette dem Spielbankenspiel zuzuordnen ist. Das LG ist gegenüber dem SBG «Spezialgesetz» (BBI 1997 III, S. 158).

2. Auszugehen ist davon, dass das LG (Art. 1 Abs. 2 LG) – im Gegensatz zum SBG – den Begriff «Planmässigkeit», *nicht* aber denjenigen des «Spielrisikos», enthält⁴. Der Begriff «Spielrisiko» (bzw. «Ausschluss des Spielrisikos») entstammt der Auslegung des Bundesgerichts (nachfolgend BGer). Es hat diesen zur Abgrenzung von Lotterie/Wette zu den Spielbankenspielen aus dem Begriff «Planmässigkeit» hergeleitet, und zwar ausgehend von den «klassischen»⁵ Spielbankenspielen, wie Roulette, Black Jack, einerseits und der klassischen Lotterie mit Losen und Trefferplan andererseits. Richtig daran ist, dass bei Lotterie und Wette (Totalisatorwette!) der Spielanbieter «*nicht mitspielt*», weil der Spielgewinn entweder:

a) durch den Spielanbieter schon vor Spielbeginn in einem vorgegebenen Verhältnis zu den Einnahmen aus dem *beabsichtigten*⁶ Losverkauf festgelegt wurde (Gewinn-/Trefferplan der Lotterie). Dabei beschränkt der Gewinn des einen Spielers die Gewinnchancen eines anderen Mitspielers bzw. schliesst ihn sogar aus (z. B. Kauf des Haupttrefferloses), oder

b) sich erst über die Zahl und die Höhe der von den Mitspielenden (Wettenden) *tatsächlich geleisteten* Einsätze bestimmt (Totalisatorwette)⁷. Dabei begrenzt der Gewinn eines anderen Spielers zwar nicht die Gewinnmöglichkeit als solche. Hin-

2 Schätzung der Zahl Reiskörner in einem Glas.

3 So hat das BGer schon vor langer Zeit entschieden (BGE 69 I 278).

4 Darauf ist zu Recht in einer Stellungnahme der Bundesverwaltung in VPB 1983 Nr. 19 hingewiesen worden.

5 «Klassisch» ist hier im Sinne von «traditionell» zu verstehen. Die heute in grosser Zahl in Spielbanken über aufgestellte Geldspielautomaten angebotenen Spiele müssten wohl, weil die Gewinnausschüttung programmiert werden kann, als «lotterieähnlich» qualifiziert werden. Sie sind nur deswegen «Spielbankenspiele», weil sie ausschliesslich in einer (konzessionierten) Spielbank angeboten werden dürfen.

6 Nicht dem tatsächlichen!

7 Der Spielanbieter selber leistet weder einen Einsatz, noch bezahlt er «aus eigener Tasche» einen Gewinn aus.

gegen hängt die Gewinnhöhe, die zu Beginn unbestimmt ist, von der Menge der Wettteilnehmer und der Höhe der von ihnen geleisteten Einsätze ab⁸. Dass der Gewinn von den Mitspielern finanziert wird, trifft auch auf das Schneeballsystem (inkl. Schenkkreis) zu, doch profitiert dort nur der Initiator oder wer sonst weit vorne am Beginn der Pyramide steht.

Im Sinne dieser Ausführungen trägt der Spielanbieter der Lotterie und der Totalisatorwette tatsächlich *kein Spiel-, aber durchaus ein Geschäftsrisiko* (z. B. Verkauf bloss zweier Lose, worunter gerade des Hauptgewinns; Eingehen von nur zwei Wetten, so dass die Unkosten, bspw. für die Herstellung von Wetscheinen, nicht gedeckt sind).

Richtig ist, dass (Spiel-)Gewinn oder Verlust – gerade aber nicht pekuniär verstanden! – bei den («klassischen») Spielbankenspielen *unmittelbar/direkt* zwischen Spielanbieter und Spielteilnehmer ermittelt wird und der Gewinn oder Verlust eines Spielers die Gewinn- oder Verlustmöglichkeiten der Mitspieler nicht berührt. Bei *jedem einzelnen Spiel bzw. jedem einzelnen Spielvorgang* gibt es also einen Sieger und Verlierer – wie auch beim Jassspiel, wo immer eine der Parteien mehr Punkte erzielt hat als die andere⁹. Der Spielanbieter kann genau gleich wie der Teilnehmende das (einzelne) Spiel gewinnen oder verlieren¹⁰. Demgegenüber verliert oder gewinnt der Spielanbieter bei der Lotterie oder der Totalisatorwette lediglich auf das einzelne Spiel bezogen nicht¹¹, sondern nur der Spielteilnehmer. Aus dieser Gegenüberstellung der beiden Glücksspieltypen stammt die bundesgerichtliche Formulierung der Lotteriespielanbieter trage «kein Spielrisiko» bzw. er habe das «Spielrisiko ausgeschlossen»¹². Und nur insoweit ist diese Formulierung auch richtig. Der Begriffsteil «Risiko» im Begriff «Spielrisiko» ist aber verfehlt, wenn er zum (falschen) Schluss der Risikotragung im finanziellen Sinne verleitet. Denn wie die Spielbank will auch der Lotterianbieter aus dem von ihm durchgeführten Glücksspiel Gewinn erzielen und insoweit ist *nur der Begriff des «Geschäftsgewinns»* (und nicht des blossen – nicht pekuniären – Spielgewinns) von Bedeutung. Dies wird vom Bundesgericht und der überwiegenden Mehrheit der Lehre übersehen bzw. vermischt. Der gewerbsmässige, also auf Verdienst ausgerichtete Spielbetreiber hat *kein* besonderes *Interesse* am einzelnen *Spiel als solchem*, sondern er möchte *Einnahmen aus dem von ihm angebotenen Spielbetrieb* erzielen, Einnahmen *in wel-*

⁸ Im Kanton St.Gallen ist die Wiederausschüttung auf mind. 70% der gesamten Wetteinnahmen festgelegt worden (Art. 16 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zur Gesetzgebung über die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten; sGS 455.11).

⁹ Dies ist natürlich unabhängig davon, ob um Geld gespielt wird oder nicht.

¹⁰ Dies gilt allerdings für das ebenfalls in der Spielbank gespielte Pokerspiel bereits nicht mehr, da die Spielbank nicht mitspielt, sondern nur die «Infrastruktur» zur Verfügung stellt, allenfalls die korrekte Durchführung des Spiels durch die Teilnehmer kontrolliert und eine Entschädigung für ihre Dienstleistungen kassiert.

¹¹ Hingegen erzielt der Lotterianbieter – wie der Spielbankenbetreiber auch – sehr wohl mehr oder weniger Geschäftsgewinn!

¹² Im Unterschied dazu – so das BGer – trägt der Spielbankenspieler ein Spielrisiko bzw. hat er es eben nicht ausgeschlossen.

cher Form auch immer¹³. Auch der Spielbankenbetreiber kann (ausgehend von der eigenen Erfahrung und der Statistik anderer Spielbanken) über die Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung seinen Gewinn aus dem Glücksspiel zwar nicht ganz genau, aber doch annähernd berechnen. Dabei hängt dieser natürlich insbesondere vom «Umsatz», also der Spieler- bzw. der Spielmenge, ab. Das ist aber beim Betreiber eines Lotteriespiels nicht anders. Auch dieser kann nicht als sicher unterstellen, immer alle Lose der einzelnen Emissionen verkaufen zu können¹⁴.

Die Einführung des Begriffs «Spielrisiko», abgeleitet aus demjenigen der Planmässigkeit, sah das Bundesgericht zur Abgrenzung von den Lotterie- zu den Spielbankenspielen als notwendig an. LG wie SBG sind nun aber grundsätzlich «Polizeigesetze». Sie dienen dem Schutz der Bevölkerung vor negativen Erscheinungen des Glücksspiels, die sowohl bei den Lotterie- wie den Spielbankenspielen eintreten können. Die seitens des Anbieters auf Verdienst/Gewinn ausgerichtete Durchführung von Glücksspielen, an denen deswegen der Spielinteressierte sich nur über einen (Geld-)Einsatz (bzw. den Abschluss eines Rechtsgeschäfts) beteiligen kann¹⁵ und ihm dafür dann ein Geld- oder geldwerter Gewinn in Aussicht gestellt wird, ist daher in der Schweiz grundsätzlich verboten. Sie bedarf, soweit eben doch zulässig, der Bewilligung. Unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks ist die Abgrenzung der beiden Gesetze zueinander eigentlich nicht nötig¹⁶. Sie dient lediglich¹⁷ zur Bestimmung der «Zuständigkeit», sind doch die Lotteriespiele im Rahmen der bundesgesetzlichen Vorgaben den Kantonen zur Bewilligung, Beaufsichtigung und ergänzenden Regelung überlassen, während die Spielbanken grundsätzlich in die Zuständigkeit des Bundes fallen. Die Abgrenzung über Begriffsdefinitionen ist, wie schon der Bundesrat bei der Ausarbeitung des Entwurfs zum LG erkannte, zweifelhaft. Das Parlament sah die Problematik ebenfalls. Es fügte trotzdem eine Legaldefinition ein – dabei eben den Begriff der *Planmässigkeit*. Zugleich ermäch-

¹³ Z.B. in Form einer Umsatzsteigerung im «Hauptgeschäftsbereich» oder – bei der Spielbank – auch im «Nebengeschäftsbereich» des Restaurationsbetriebs.

¹⁴ Wie bereits erwähnt, muss das Lotterieunternehmen die auszuschüttende Gewinnsumme aus den beabsichtigten Losverkäufen, also einer «theoretischen» Losverkaufssumme, ermitteln.

¹⁵ Glücksspiele, bei denen der Spielinteressierte keinen Einsatz leisten muss, die sogen. «Gratisspiele», sind erlaubt. Aber bereits erhöhte Telefon- und SMS-Gebühren, die neben den reinen Übermittlungskosten auch einen sog. «Mehrwertanteil» enthalten, stellen einen Einsatz im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG dar (BGE 132 II 240, 125 IV 213 unrichtig 6S. 198–197/2006 betr. WAP, da Erkenn- ohne (für den «Durchschnittsspieler» vernünftige) Realisierbarkeit widersinnig ist).

¹⁶ Wird das beachtet, ist von vornherein sehr fraglich, ob – entgegen dem Willen des Gesetzgebers – der Begriff der «Planmässigkeit» im LG dazu verwendet werden kann, die Strafbarkeit der Durchführung nicht bewilligter Glücksspiele einzuschränken, wie dies das BGer mit seiner Auslegung tut.

¹⁷ Dies ist nicht ganz genau, da LG wie SBG je eigene Strafbestimmungen enthalten. Das unbewilligte, nicht gratis angebotene Glücksspiel um Geld oder geldwerte Vorteile hätte aber auch in genereller Form, z.B. bei dessen Einführung im StGB, unter Strafe gestellt werden können.

tigte es jedoch den Bundesrat – im Wissen um die Abgrenzungsprobleme – «*lotterieähnliche Spiele*» den Lotteriespielen gleichzustellen (Art. 56 Abs. 2 LG).

Das BGER hat die Wahrscheinlichkeitsrechnung zur Bestimmbarkeit des Ausschlusses des «Spielrisikos» nicht genügen lassen – auch nicht bei lotterieähnlichen Spielen¹⁸. Es hat zwar gesehen, dass es mit seiner Auslegung einen Widerspruch zum Gesetzgeber begründet und Spielveranstaltungen «trotz ihrer Gefährlichkeit» (im Sinne der «ratio legis» der Glücksspielgesetzgebung) als zulässig (nicht strafbar) bezeichnet. Der Gesetzgeber habe aber mit dem nachträglichen Erlass des Spielbankengesetzes selber glücksspielähnliche Unternehmungen, denen das Merkmal der Planmässigkeit fehle, «von den lotterieähnlichen Veranstaltungen mit dieser Eigenschaft geschieden und damit seine früher vertretene Auffassung aufgegeben» (BGE 99 IV 35). Diese Ausführungen überzeugen nicht. Einmal hat der Gesetzgeber – wie schon erwähnt – nicht den Begriff des «Spielrisikos» (bzw. des Ausschlusses des Spielrisikos) eingeführt, sondern denjenigen der «Planmässigkeit». Sodann gibt das Wort «ähnlich» («lotterieähnlich») nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit und den Spielraum ebenfalls Glücksspiele zu erfassen, die dem Lotteriespiel lediglich ähnlich sind. Das verlangt aber danach, der «papiermässigen» Planmässigkeit der Lotterie auch andere, ähnliche Formen gleichzustellen.

3. Art. 1 Abs. 2 LG gibt (für die Lotterie) vor, dass der Gewinn des Spielteilnehmers (*in irgendeiner Form*¹⁹) *planmässig vom Zufall abhängig sein muss* – nicht mehr und nicht weniger. «Planmässig» in Art. 1 Abs. 2 LG bezieht sich somit auf den *Gewinn des Spielteilnehmers*.

«Planmässigkeit», bezogen auf die pekuniären Folgen des durchgeführten Glücksspiels, bedeutet nichts anderes als die *Absicht des Spielanbieters, hinreichend (finanziellen) Gewinn zu erzielen*. Einen solchen vermag er nur dann zu erreichen, wenn er die Gewinnausschüttung an den oder die Spieler, die ja ihrerseits seinen Gewinn beschneidet, so berechnen, also so planen kann, dass ihm Gewinn verbleibt. Gerade die Gewinnabsicht des Spielanbieters, der ohne Einholung einer behördlichen Bewilligung zum Glücksspiel einlädt, beinhaltet die Gefahr zwielichtiger Glücksspielangebote. Vor solchen soll aber nach dem Schutzzweck der Glücksspielpolizeigesetzgebung der «durchschnittliche» Bürger bewahrt werden, dem – gemäss BGER²⁰ – ja kein «besonderer Scharfsinn eigen» ist. Geködert durch grossartig dargestellte Gewinnaussichten zusammen mit der doch immer gegebenen Gewinn-

¹⁸ BGE 99 IV 33. Das BGER selbst hat dann allerdings in Form eines «obiter dictums» seinen Entscheid in diesem Punkte korrigiert (BGE 123 IV 230), indem es für die Bejahung der Planmässigkeit hat genügen lassen, dass das Spielrisiko *aufgrund mathematischer Berechnung* (die Wahrscheinlichkeitsrechnung ist eine solche) ausgeschlossen werden kann. Entscheidend sei allein, dass der Veranstalter sein Risiko ausschliesse. Bedauerlicherweise hat es mit diesem letzten Satz aber an seinem Verständnis des Begriffs der Planmässigkeit als «ausgeschlossenem Spielrisiko» festgehalten.

¹⁹ «...planmässig durch Ziehung von Losen oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel...»

²⁰ BGE 99 IV 29 unten.

hoffnung verunmöglichen dem durchschnittlichen und insbesondere dem «spielgefährdeten» Bürger eine realistische und sachgerechte Abwägung des von ihm zu erbringenden Einsatzes im Verhältnis zur tatsächlich gegebenen Gewinnmöglichkeit sowie seinen tatsächlichen finanziellen Verhältnissen. Planmässigkeit in pekuniärem Sinne verstanden bedeutet mithin Kalkulierbarkeit des Geschäftsrisikos. Dabei spielt keine Rolle, ob der Gewinn unmittelbar mit dem Spiel als solchem oder erst durch gesteigerten Geschäftsumsatz (z. B. in einer Gastwirtschaft) erzielt werden soll. Ebenso klar ist, dass bei pekuniärer Betrachtungsweise auch die Anwendung von *Wahrscheinlichkeitsrechnungen Kalkulierbarkeit und somit Planmässigkeit* beinhaltet. In diesem Sinne erfolgen ebenfalls die Spielbankenspiele «planmässig»²¹. Die *Kalkulierbarkeit des Geschäftsgewinns seitens des Veranstalters* (auch über die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung) ist damit *Vorgabe des (verbotenen) Glücksspiels an sich* und *kein Abgrenzungskriterium* von Lotterie- und Spielbankenspiel.

Der (*vermögensrechtliche*)²² Gewinn des Spielteilnehmers beim Lotteriespiel darf nicht *alleine vom Zufall* abhängig sein, wie bei der rollenden Roulettekugel, die auf die gesetzte Zahl sieben fällt oder nicht. Insoweit ist der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 LG absolut klar. «Geplant» oder «planbar» (in irgendeiner Form) müssen die Gewinne der Spielteilnehmer sein (ob überhaupt oder was). Das lässt durchaus offen, ob der Spielanbieter/-veranstalter ein Risiko trägt oder nicht. Insbesondere setzt Planbarkeit in diesem Sinne nicht voraus, dass der Spielanbieter seinerseits komplett jedes Spielrisiko, in welchem Sinne auch immer, ausgeschlossen haben muss, wie das BGer glaubt. Ebenfalls ergibt sich aus dem so verstandenen Begriff nicht, dass der Plan sich vollständig erfüllen muss. Auch bei der «klassischen» Lotterie kann es sein, dass das Los mit dem Haupttreffer nicht gekauft worden ist.

Beim Kauf eines Loses sind die zu gewinnenden Preise mit dem Trefferplan bereits festgelegt. Ob er beim Loskauf (Spieleintritt) überhaupt etwas gewinnt und, wenn ja, was, weiss der Lotteriespieler nicht²³. Demgegenüber weiss der Spielbankenspieler beim klassischen Spielbankenspiel genau, wie hoch sein Gewinn ist, falls er gewinnt²⁴. Während aber beim Los der Gewinn oder das entsprechende Verlustlos quasi aus dem Spiel, der Losreihe, «ausgeschieden» ist bzw. seinen Zweck erfüllt hat, geschieht solches beim Spielbankenspiel nicht. Dieses läuft – wie ein «per-

²¹ Wäre das «Spielrisiko» im Sinne des «Geschäftsrisikos» bei den Spielbanken tatsächlich von grosser und anderer Bedeutung als bei den Lotteriespielanbietern hätte der Gesetzgeber doch wohl den Spielbankenbetreibern nicht eine keineswegs unbedeutende Spielbankenabgabe vom Bruttospielerlös auferlegt.

²² Nach der Legaldefinition in Art. 1 Abs. 2 LG muss dem Spielteilnehmer ein vermögensrechtlicher Vorteil in Aussicht gestellt werden. Für das richtige Verständnis des Begriffs «Planmässigkeit» spielt es aber keine Rolle, ob der Gewinn finanzieller oder anderer (bloss ideeller) Natur ist. Dabei geht es alleine um den Gewinn im Sinne des (mehr oder weniger) «Siegens/Obsiegens bzw. Verlierens». Eine andere Frage ist, ob Glücksspiele, bei denen nicht um vermögensrechtliche Vorteile gespielt werden kann, überhaupt attraktiv sind.

²³ Beim Rubbellos weiss er es wenigstens solange nicht, bis er gerubbelt hat.

petuum mobile» – immer und immer wieder unter den gleichen Bedingungen erneut ab. Bei der Lotterie kann aus der laufenden Losreihe zwar auch wieder ein neues Los gekauft werden, doch *haben sich nun die Bedingungen* geändert. Der Lotteriespieler kann nicht mehr genau das gleiche Gewinn- oder Verlustlos erhalten. Mit jedem neuen Loskauf, sei es durch den gleichen oder einen anderen Spieler, ändern sich die Gewinnmöglichkeiten. Beim Kauf von «Nieten» steigen diese, oder sie nehmen ab, wenn Treffer gezogen werden. Sind alle Lose bis auf das Haupttrefferlos verkauft, muss das letzte Los der Haupttreffer sein, für Zufall bleibt dann kein Raum mehr²⁵. Zufall ist aber, ob das Haupttrefferlos überhaupt gekauft wird oder nicht, doch beschlägt das nicht die (Lotterie-)Gewinnplanung des Spielanbieters als solche, sondern seinen Geschäftsgewinn. Demgegenüber bleibt beim klassischen Spielbankenspiel der Zufall, die Gewinnmöglichkeit, bei je individuellem Spielvorgang immer unverändert gleich. Sind alle Lose der Spielreihe verkauft, sind auch alle Preise den Lotteriespielteilnehmern zugefallen. Kennzeichnend für das (klassische) Lotteriespiel ist demnach, dass im dargelegten Sinne ein Spiel der *Spielteilnehmer gegeneinander* stattfindet, bei welchem der Gewinn oder Nichtgewinn des einen Spielers auf den Gewinn oder Nichtgewinn des andern Einfluss hat, womit der *Zufall im Sinne der Gewinnaussicht* beschnitten bzw. jedenfalls *berührt wird*. Dies – und nicht mehr – ist die *Planmässigkeit des Lotteriespiels nach Art. 1 Abs. 2 LG*. Demgegenüber ist beim je einzelnen Spielbankenspiel die Gewinnaussicht des Spielers immer genau gleich gross, sie bleibt unverändert. Ob nun ein Spielteilnehmer beim vorherigen Spieldurchgang gewonnen oder verloren hat, spielt beim Spielbankenspiel keine Rolle²⁶. Und die Gewinnaussicht der neu spielenden Person ändert sich beim Spielbankenspiel wegen der vorhergehenden Spielermenge und Gewinne/Verluste nicht²⁷. Noch einmal: Bei der Lotterie sind die Gewinnaussichten des ersten und des letzten Loskäufers sehr unterschiedlich. Demgegenüber hat in der Spielbank der Letzte, der kurz vor Schliessung (z.B.) auf Rot setzt, immer noch genau die gleiche Chance zu gewinnen oder zu verlieren, wie der Erste, der bereits kurz nach Aufnahme des Spielbetriebs seinen Spieleinsatz auf Rot platziert hatte. Daran zeigt sich die typische und kennzeichnende Wesensverschiedenheit von Lotterie- und Spielbankenspiel.

²⁴ Er gewinnt nämlich das in den Spielbedingungen festgelegte Vielfache seines Einsatzes, je nach Spiel und Platzierung des Einsatzes.

²⁵ Da der Lotteriespieler die anderen Vorgänge nicht kennt, scheint ihm der Zufall, die Gewinnmöglichkeit, unverändert. Wüsste er, dass der Hauptpreis bereits vergeben ist, würde er wohl kaum mehr ein Los kaufen.

²⁶ Ein Lotteriespiel hingegen «erschöpft sich» mit dem Verkauf aller Lose, worauf dann theoretisch wenigstens nicht einmal mehr Lotterie gespielt werden kann. (Allerdings kann dann vom Lotteriebetreiber wieder eine neue Losreihe/Emission auf den Markt gebracht werden.)

²⁷ Die Geschäftskalkulation des Spielbankenbetreibers über die Wahrscheinlichkeitsrechnung kann denn auch nur über das sogen. «Gesetz der grossen Zahl», d.b. unter Zugrundelegung aller einzelnen Spielvorgänge/-ereignisse zusammen und über einen längeren Zeitraum hinweg, erfolgreich vorgenommen werden. Beim je einzelnen Spiel bleibt aber die Wahrscheinlichkeit des Gewinns oder Verlusts unverändert.

Der Wortlaut von Art.1 Abs.2 LG macht damit durchaus deutlich, was Planmässigkeit nach Art.1 Abs.2 LG bedeutet, nämlich *nicht mehr und nicht weniger als Einflussnahme des Spielveranstalters auf die Struktur der den Spielteilnehmern* (beim einzelnen Spiel) *in Aussicht gestellten Gewinne*. Mit entsprechend geeigneten Massnahmen wird der Zufall (ggf. *nur – aber immerhin – beschränkt*) *beherrsch- und damit auch planbar*. Solche Massnahmen sind etwa die im voraus festgelegte Gewinnsumme, die Auswahl geeigneter (in der Regel «gegenläufiger») Gewinnereignisse, so dass sich Gewinne und Verluste der Spielteilnehmer ausgleichen, oder die Einschränkung des Verlustrisikos des Veranstalters in den Spielbedingungen durch zusätzlich den Gewinn erschwerende Vorgaben. Auf diese Weise ist *planmässig* nach Art.1 Abs.2 LG zu verstehen. Synonym zu «planmässig» ist «*durchdacht*», «*überlegt*». Während der Spielbankenbetreiber bezüglich des vom Zufall abhängigen Gewinns «seiner» Spieler (beim einzelnen Spielvorgang) nichts mehr vorkehren kann²⁸, stellt der Betreiber einer Lotterie oder einer lotterieähnlichen Veranstaltung durchaus Überlegungen betreffend der Gewinnerzielung sowie der Verteilung verschiedener Preise an und überlässt dies eben nicht ganz dem Zufall. Diese planmässige Einflussnahme wird – wie dargelegt – bei der (klassischen) Lotterie dadurch erreicht, dass der Spielveranstalter die *Spielteilnehmer «gegeneinander»* spielen lässt, *was ihre Gewinnaussichten/die Gewinnverteilung berührt*. Demgegenüber kann der Spielbankenbetreiber nicht verhindern, dass etwa beim Roulette 10-mal nacheinander «der Haupttreffer gezogen wird», also 10-mal

²⁸ Damit wird nicht gesagt, dass hinter den (klassischen) Spielbankenspielen nicht ebenfalls «ein Plan» steht und daher solche «planmässigen Massnahmen» dort nicht auch feststellbar wären (so bspw. dass Gewinn und Verlust der Spieler sich oft ausgleichen). Aber der Plan des Spielbankenbetreibers verwirklicht sich erst über das Gesetz der grossen Zahl und damit nach einer Vielzahl von Spielvorgängen, während jedes einzelne Lotteriespiel (jede Losemission, jede Spielreihe) des Lotterieberbeiters sozusagen von Anfang bis Ende «durchgeplant» ist. Bezogen auf das einzelne Spiel, den einzelnen Spielvorgang (also das einmalige Rollen der Roulettekugel auf eine Zahl), ist für den Spielbankenbetreiber Gewinn oder Verlust nicht planbar. Demgegenüber weiss der Lotterieberanbieter beim einzelnen Spiel durchaus exakt, wie hoch seine (maximale) Gewinnausschüttung ist. Beim Zahlenlotto, bei welchem die «Trefferzahl» (im Gegensatz zum klassischen Lotteriespiel mit Losen) offen ist, bewirkt der Gewinn mehrerer Personen, dass sie sich die Gewinnsumme teilen müssen, was beim einzelnen Spiel der Spielbank so überhaupt nicht zutrifft. Die im Text getroffene Unterscheidung ist daher – wie dort ebenfalls festgehalten – immer auf das einzelne Spiel (und nicht eine Vielzahl) bezogen und zu suchen. Dabei zeigt sich, dass beim Lotteriespiel die Planelemente mit ihrem Einfluss auf die Gewinnchancen sich unmittelbar/direkt verwirklichen, aber vom «Durchschnittsspieler» kaum wahrzunehmen sind (Spiel der Loskäufer gegeneinander), während sie beim einzelnen Spielbankenspiel überhaupt nicht versteckt sind, aber vom Spieler als «spielimmanent» nicht weiter hinterfragt werden (z.B. grünes Feld mit Zahl 0). Dementsprechend wird ein (einzelnes) Glücksspiel, das die Gewinnausschüttung an das Ein- oder Nichteintreten eines künftigen Ereignisses knüpft (eigentlich: Wette), dann jedenfalls zum «lotterieähnlichen Glücksspiel», wenn es den Gewinn über zusätzliche Bedingungen erschwert (damit sind grundsätzlich nicht formale Bedingungen gemeint, wie bspw. eine Einreichfrist). Dadurch wird nämlich ein höheres, qualifiziertes Mass an Planbarkeit erreicht, welches diese Zuordnung rechtfertigt, und die eben Kennzeichen der Lotterieplanmässigkeit ist.

nacheinander die Kugel auf die Zahl rollt, auf die gesetzt worden ist. Besonders «überlegt», «durchdacht» und mithin planmässig ist die *Vorgabe zusätzlicher Gewinnbedingungen* durch den Spielveranstalter, die für den *durchschnittlichen Bürger*²⁹ wenig *erkennbar* die Gewinnwahrscheinlichkeit, mit der das Spiel beworben wird, *erheblich herabsetzen*. Zumindest beim «*lotterieähnlichen Glücksspiel*», das der Gesetzgeber ja als «Auffangtatbestand» verstanden wissen wollte, ist nicht zu sehen, wieso ein anderes Verständnis – entgegen dem Wortlaut von Art.1 Abs.2 LG – sich rechtfertigen sollte. Ob der Veranstalter ein Risiko trägt oder nicht, oder es mathematisch, insbesondere aufgrund von Wahrscheinlichkeitsrechnungen, kalkuliert oder nicht, ist in Bezug auf die Frage nach der Bedeutung des Begriffs «Planmässigkeit» nicht von Interesse und nicht durch Art.1 Abs.2 LG bestimmt. Hingegen ist durch den Begriff «planmässig» vorgegeben³⁰, dass über den Gewinn des Spielteilnehmers (beim einzelnen Spiel) *nicht der «reine» Zufall alleine entscheidet, sondern auch ein «Planelement» «mitspielt»*³¹. Was wie ein Widerspruch zu sein scheint, nämlich Planbarkeit und Zufall, bietet die Möglichkeit zur Abgrenzung von klassischem Lotterie- und Spielbankenspiel je nach ihrem unterschiedlichen Wesen und erspart unsachgerechte, an den gegebenen Glücksspielrealitäten vorbeigehende Konstruktionen über «ausgeschlossene Spielrisiken», auch wenn diese einfacher sein mögen³².

²⁹ BGE 99 IV 29 unten – vorstehend ggf. auch «Durchschnittsspieler» genannt.

³⁰ Die dem LG unterstellten, auf dem Schneeballsystem beruhenden Glücksspiele, bei denen die Rechtsprechung «den Zufall» in der immer mehr kleineren Wahrscheinlichkeit, weitere Spielteilnehmer zu finden (das Spiel genügend lange am Laufen zu halten), sieht, liegt das Planelement im Wissen insbesondere des (Spiel-)Initianten, aber auch jeden weiteren Mitspielers – und trotzdem bieten sie das Spiel an –, dass es für jeden zusätzlichen angeworbenen Mitspieler immer schwieriger wird, das Spiel am Laufen zu erhalten (weitere Spieler anzuwerben) und die Gewinnaussichten rapide abnehmen, je weiter «unten» in der Spielerpyramide sich der (angeworbene) Mitspieler befindet.

³¹ Mit dieser Lösung werden auch die in verschiedenen Formen, insbesondere auf ausländischen TV-Kanälen, nicht als Gratisspiel angebotenen Schätz- oder (scheinbar) Wissensspiele sachgerecht als lotterieähnliche Spiele erfasst. Denn entweder findet die «Planmässigkeit» in Form der Gewinnbeschränkung durch Gewinne von Mitspielern statt und bleibt so nicht völlig dem Zufall überlassen (den Hauptpreis gewinnt derjenige, der die Zahl der im Glas vorhandenen Reiskörner am genauesten geschätzt hat), oder es sind unterschiedliche Zugangsmöglichkeiten (-geschwindigkeiten) zum Spiel durch den Anbieter festgelegt, welche so, ohne dass der Spielteilnehmer davon weiss, die Gewinnaussicht schon dadurch unterschiedlich auf die Spielteilnehmer verteilt, als gewisse Teilnehmer «gar nicht bis zum Spiel gelangen». Beim Spiel selbst finden sich dann oft noch weitere Gewinnbeschränkungen.

³² In BGE 123 IV 230, mit welchem das BGer die mathematische Berechnung (somit auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung) doch zur Spielrisikoberechnung zugelassen hat, hat es darüber hinaus ausgeführt, es sei über «*die Art der Veranstaltung*» (sc. Spielveranstaltung) die Unterstellung unter das LG (oder das SBG) zu prüfen. Während der Spielvorgang des je einzelnen Spielbankenspiels sehr kurz ist, ziehen sich Lotteriespiele über längere Zeit hin. Ein Spielangebot von zahlreichen einzelnen Spielvorgängen mit je kurzer Zeitdauer aber über einen längeren Zeitrahmen hinweg, würde – nach Art der Veranstaltung – eine Zuordnung zur Spielbank nahe legen, während ein sich über einen längeren Zeitraum sich hinziehendes einzelnes Glücksspiel wieder eher die Zuordnung zur Lotterie rechtfertigt.

5. Begräbnisordnung

121

Art. 9 FBG (sGS 458.1). Die Kosten des Sonntagsdienstes des Bestattungsunternehmens und die Kosten der Sargbespannung dürfen den Angehörigen des Verstorbenen nicht in Rechnung gestellt werden, sondern sind von der politischen Gemeinde zu übernehmen.

Departement des Innern, 22. August 2006

Aus den Erwägungen:

3. b) Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 FBG sind die Bestattungskosten von jener politischen Gemeinde zu tragen, in welcher der Verstorbene niedergelassen war. Gemäss Art. 9 Abs. 2 FBG werden insbesondere die Lieferung des Sarges, das Einsargen und das Überführen des Leichnams auf den Friedhof innerhalb der zur Bestattung verpflichteten Gemeinde übernommen. (...)

Auch Art. 9 Abs. 1 und 2 der Verordnung über das Begräbniswesen der politischen Gemeinde A (im Folgenden: Begräbnisverordnung) hält fest, dass insbesondere die Kosten für den Sarg, die Einsargung und die Verbringung der Leiche auf den Friedhof in der Regel auf Rechnung des allgemeinen Gemeindehaushaltes übernommen werden. Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Begräbnisverordnung werden die Verstorbenen mit dem Leichenauto in der Regel unmittelbar nach der Einsargung in die Leichenhalle verbracht. Die Transporte innerhalb der Gemeinde gehen zu Lasten der politischen Gemeinde.

c) X sel. war im Zeitpunkt ihres Todes in der politischen Gemeinde A niedergelassen, womit diese gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 FBG zur Übernahme der Bestattungskosten, namentlich der Kosten für die Lieferung des Sarges, das Einsargen und das Überführen des Leichnams, verpflichtet war. Gleichwohl erhielt Y (...) eine Rechnung betreffend Todesfall von X im Gesamtbetrag von zunächst Fr. 195.–, mit den Positionen «Sargbespannung, Fr. 95.–» und «Sonntagsdienst 2 Mann, Fr. 100.–», welche schliesslich nach Intervention von Y auf insgesamt Fr. 145.– reduziert wurde (Sargbespannung [Fr. 95.–] und Sonntagsdienst 1 Mann [Fr. 50.–]).

Bei den Fr. 50.– für den Sonntagsdienst eines Angestellten handelt es sich um Kosten der Überführung des Leichnams bzw. des Einsargens. Gestützt auf Art. 9 FBG, sowie Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 und 2 der Begräbnisverordnung hätte die politische Gemeinde A diese Bestattungskosten übernehmen müssen, da gemäss Rechnung (...) kein Transport ausserhalb der Gemeinde A durchgeführt werden musste. Insbesondere besteht auch kein Recht, den Angehörigen die durch die Sonntagsarbeit verursachten Mehrkosten – mithin einen Sonn- bzw. Feiertagszuschlag – aufzubürden. Ein derartiges Vorgehen findet keine gesetzliche Grundlage, weder im FBG, in der VV zum FBG, noch in der Begräbnisverordnung.

Fraglich ist, ob die Kosten der «Lieferung des Sarges» gemäss Art. 9 Abs. 2 FBG bzw. die «Kosten des Sarges» gemäss Art. 9 Abs. 2 der Begräbnisverordnung auch jene der sog. «Sargbespannung» umfassen; es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob die Sargbespannung zum Sarg dazugehört, mithin einen eigentlichen Bestandteil desselben darstellt. Den Gesetzesmaterialien zum FBG lassen sich dazu keine Informationen entnehmen; auch die kommunale Begräbnisverordnung liefert diesbezüglich keine weiteren Hinweise. Art. 4 FBG verpflichtet jedoch die politische Gemeinde dafür zu sorgen, dass alle Verstorbenen, für deren Bestattung sie nach diesem Gesetz verantwortlich ist, schicklich überführt und bestattet werden. Es ist mithin zu prüfen, ob eine Einsargung in einen Sarg ohne Sargbespannung geradezu als unschicklich qualifiziert werden müsste, da in diesem Fall die Sargbespannung als Bestandteil des Sarges zu betrachten wäre und damit auch diese Kosten gemäss Art. 9 FBG von der politischen Gemeinde zu übernehmen wären. Der Begriff der Schicklichkeit ist insofern relativ, als er sich primär nach der ortsüblichen Auffassung richtet, welche sich im Lauf der Zeit auch wieder ändern kann (vgl. Riccardo Paolo Maria Boscardin, Die Bestattung als Rechtsproblem, Diss. Basel 1981, S. 21). Die Schicklichkeit verlangt, dass jeder Verstorbene in einer würdevollen Art und Weise bestattet und auf die Gefühle der Angehörigen Rücksicht genommen wird. Die Bestattung darf nichts Verletzendes oder Entehrendes enthalten. Als unschicklich gilt etwa eine Beerdigung, bei welcher der Tote nicht als vollwertiger Mensch behandelt wird (vgl. Boscardin, a. a. O., S. 19 f.).

Die Einsargung eines Verstorbenen in einen Sarg ohne Sargbespannung entspricht keineswegs ortsüblicher Tradition. Einen Leichnam auf das blanke Holz des Sarges und nicht auf eine Polsterung oder eine vergleichbare Unterlage zu legen, erscheint vielmehr höchst ungewöhnlich und löst Befremden aus. Es entspricht der hiezulande üblichen Sitte, dass die Angehörigen – soweit dies möglich ist – am Sarg des Verstorbenen Abschied nehmen. Zu diesem Zweck wird der Leichnam hergerichtet und würdevoll aufgebahrt; dazu gehört insbesondere, dass er auf eine schickliche Unterlage – die sog. Sargbespannung, oder eine vergleichbare Polsterung – gebettet wird. Eine politische Gemeinde erfüllt demnach die von Art. 4 FBG geforderte schickliche Überführung und Bestattung eines Verstorbenen nicht, wenn sie diese in einem Sarg ohne Sargbespannung durchführt. Es ist damit davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Bezeichnung «Lieferung des Sarges» in Art. 9 Abs. 2 FBG auch die Lieferung der Sargbespannung oder einer anderen würdevollen Unterlage gemeint hat, da nur so gewährleistet ist, dass der Leichnam im Sarg auch schicklich gebettet werden kann. Die Sargbespannung oder eine andere Unterlage ist mithin als notwendiger Bestandteil eines Sarges zu qualifizieren und die entsprechenden Kosten dürfen folglich den Angehörigen gestützt auf Art. 9 FBG grundsätzlich nicht verrechnet werden.

6. Raumplanung und öffentliches Baurecht

122

Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG in Verbindung mit Art. 16a RPG (SR 700) und Art. 34 Abs. 5 RPV (SR 700.1). Ist ein Betrieb nicht in der Lage, ein landwirtschaftliches Einkommen zu erzielen, das den Betrieb als längerfristig existenzfähig erscheinen lässt, zählt er zur Freizeitlandwirtschaft und ist in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform.

Regierung, 2. November 2005

Sachverhalt:

Auf einem in der Landwirtschaftszone gelegenen Grundstück betreibt der Eigentümer seit dem Jahr 1990 eine Damhirschzucht. Weil die Damhirschzucht nicht als landwirtschaftliche Tätigkeit im Sinn eines Voll- oder Nebenerwerbs eingestuft wurde, verweigerte die zuständige Behörde die Bewilligung für den Neubau einer Scheune für die Damhirschhaltung. Dagegen erhob der Grundeigentümer Rekurs bei der Regierung.

Aus den Erwägungen:

5. Nach Art. 22 Abs. 2 RPG setzt die Erteilung einer Baubewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Bst. a) und das Land erschlossen ist (Bst. b).

a) Das Baugrundstück befindet sich in der Landwirtschaftszone (Art. 16 RPG, Art. 20 BauG). Die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone wird grundsätzlich durch das Bundesrecht geregelt (Art. 16a RPG, Art. 34 RPV). Die Kantone können den Begriff enger umschreiben, nicht aber weiter fassen (Art. 16a Abs. 1 zweiter Satz RPG; Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, N 559, S. 156; Botschaft und Entwurf der Regierung vom 6. Februar 2001 betreffend VI. Nachtragsgesetz zum Baugebiet, ABl 2001, 403); von dieser Möglichkeit hat der Kanton St. Gallen keinen Gebrauch gemacht, sondern verweist ausdrücklich auf das Bundesrecht (Art. 20 Abs. 1 und 2 BauG). Die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone ist daher ausschliesslich nach Bundesrecht zu beurteilen.

b) Nach Art. 16a Abs. 1 RPG sind in der Landwirtschaftszone Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Zonenkonform sind ferner Bauten und Anlagen, die der inneren Aufstockung eines landwirtschaftlichen oder eines dem produzierenden Gartenbau zugehörigen Betriebs dienen (Art. 16a Abs. 2 RPG). Bauten und Anlagen, die über eine innere Aufstockung hinaus gehen, können als zonenkonform bewilligt werden, wenn sie in einem Gebiet der Landwirtschaftszone er-

stellt werden sollen, das vom Kanton in einem Planungsverfahren dafür freigegeben wird (Art. 16a Abs. 3 RPG). Vom Fall einer «Intensivlandwirtschaftszone» im Sinn von Art. 16 Abs. 3 RPG – eine solche liegt hier nicht vor – und der inneren Aufstockung abgesehen, ist somit nach wie vor eine bodenabhängige Bewirtschaftung erforderlich (Art. 34 Abs. 1 RPV). In jeden Fall darf aber eine Bewilligung nach Art. 34 Abs. 4 RPV nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Bst. a), der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Bst. b) und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Bst. c).

c) Von einer bodenabhängigen Bewirtschaftung ist im Fall einer Damhirschzucht, bei welcher der Boden nicht bloss als Auslauf, sondern zu einem überwiegenden Teil auch als Futtermittelbasis dient, auszugehen.

d) Nach Art. 34 Abs. 5 RPV gelten Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft in der Landwirtschaftszone nicht als zonenkonform. Mit dieser Bestimmung soll die eigentliche Landwirtschaft vor der Konkurrenzierung durch andere Formen der Bodennutzung, die nicht auf ertragsorientierte oder wenigstens kostendeckende Ausübung angewiesen ist, geschützt werden. Das Bundesgericht hat erkannt, dass sich eine auf diese Zielsetzung ausgerichtete Raumordnung im Lichte von Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG – nach diesem Planungsgrundsatz ist die Landschaft zu schonen, wobei insbesondere der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes erhalten bleiben sollen – rechtfertige und daher im öffentlichen Interesse stehe; sie halte vor der Eigentumsgarantie als auch vor der Rechtsgleichheit stand. Der Ausschluss der Freizeitlandwirtschaft in Art. 34 Abs. 5 RPV entspreche dem Sinn der verfassungsmässigen Ordnung (und davon abgeleitet des Raumplanungsgesetzes) und der Bundesrat habe durch diese Präzisierung Art. 16a RPG in zulässiger Weise verdeutlicht und seine Vollzugskompetenz nicht überschritten. Es bestehe somit kein Anlass, Art. 34 Abs. 5 RPV nicht anzuwenden (Urteil des Bundesgerichtes 1A.134/2002 vom 17. Juli 2003, Erw. 2.4 und 2.5).

aa) Wie sich daraus zunächst ergibt, ist der Einwand des Rekurrenten, das Raumplanungsrecht kenne den Begriff der Freizeitlandwirtschaft nicht, offenkundig unbegründet. Zutreffend ist, dass sich aus Art. 34 Abs. 5 RPV selber noch nicht ergibt, was unter Freizeitlandwirtschaft zu verstehen ist. Nach den Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung soll auf die Setzung starrer Grenzwerte bewusst verzichtet worden sein, damit einzelfallgerechte Lösungen möglich bleiben. Ob es sich – in Abgrenzung zu den Haupt- und Nebenerwerbsbetrieben – um eine hobby-mässig betriebene «landwirtschaftliche» oder «gartenbauliche» Bewirtschaftung handle, lasse sich im Einzelfall auf Grund verschiedener Indikatoren feststellen. So fehle es im Fall der Freizeitlandwirtschaft beispielsweise an der Gewinn- bzw. Ertragsorientierung. Ein Indiz, dass bloss Freizeitlandwirtschaft betrieben werde, könne auch im Umstand gesehen werden, dass gewisse Mindestgrössen – etwa jene, die zum Bezug von Direktzahlungen berechtigte – nicht erreicht würden. Für die Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall Freizeitlandwirtschaft vorliege,

könne unter Umständen auch auf den auf dem Betrieb bestehenden Arbeitsbedarf – bemessen in Standard-Arbeitskräften oder Standard-Arbeitstagen – abgestellt werden (Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung, S. 32).

bb) Das Amt für Raumentwicklung ARE hat in Zusammenarbeit mit dem Landwirtschaftlichen Zentrum St.Gallen interne Richtlinien für die Beurteilung der längerfristigen Existenzfähigkeit eines Betriebes als Bewilligungsvoraussetzung für Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone nach Art. 34 Abs. 4 Bst. c RPV und die Abgrenzung von Nebenerwerbsbetrieben zu Hobbybetrieben erarbeitet. Diese Richtlinien sehen vor, dass neue, der bodenabhängigen Bewirtschaftung dienende Bauten, wie zum Beispiel Remisen, nur bewilligt werden, wenn das im Betrieb erwirtschaftete steuerbare landwirtschaftliche Einkommen im Durchschnitt der letzten drei Jahre mehr als 10 Prozent des Soll-Einkommens, mindestens aber 10 000 Franken, beträgt. Bei Erweiterungsbauten wird verlangt, dass das durchschnittliche steuerbare landwirtschaftliche Einkommen mehr als 5 Prozent des Soll-Einkommens, mindestens aber 5 000 Franken, beträgt. Als Soll-Einkommen wird dabei jenes Einkommen definiert, das erforderlich ist, um die laufenden Ausgaben für Betrieb und Familie zu decken, die Zins- und Amortisationszahlungen zu tätigen, die notwendigen Reserven für künftige Investitionen zu bilden und die notwendige Liquidität sicherzustellen (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Strukturverbesserungsverordnung, SR 913.1). Für die Abgrenzung von Nebenerwerbs- zu Hobbybetrieben ist zusätzlich erforderlich, dass der Betrieb Direktzahlungen erhält.

cc) Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Bewilligung für eine zonenkonforme landwirtschaftliche Baute oder Anlage letztlich nur erteilt werden darf, wenn der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 4 Bst. c RPV), erscheint es folgerichtig, für die Abgrenzung von Freizeitlandwirtschaft zu eigentlicher Landwirtschaft nicht bloss darauf abzustellen, ob ein Betrieb Direktzahlungen erhält (was unter anderem voraussetzt, dass auf dem Betrieb ein Arbeitsbedarf für mindestens 0,25 Standardarbeitskräfte besteht [Art. 18 Abs. 1 der Direktzahlungsverordnung, SR 910.13]), sondern auch darauf, ob der Betrieb in der Lage ist, ein bestimmtes minimales landwirtschaftliches Einkommen zu erwirtschaften. Ob es dabei mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar ist, für Neu- bzw. Erweiterungsbauten unterschiedliche Einkommenskriterien aufzustellen, braucht im vorliegenden Fall sowenig entschieden zu werden wie die Frage, ob die Grenze gegebenenfalls bei einem minimalen landwirtschaftlichen Einkommen von 5 000 oder 10 000 Franken zu ziehen ist. Jedenfalls lässt es sich vertreten, ein minimales landwirtschaftliches Einkommen von 5 000 Franken zu verlangen.

e) Nach der vom Rekurrenten eingereichten Wirtschaftlichkeitsberechnung für 30 Tiereinheiten Damhirsche (entspricht 60 Tieren) lässt sich damit bei angemessener Direktzahlung von rund Fr. 14 800.– und unter der Annahme, dass keine Schuld- und Pachtzinsen zu bezahlen sind, ein landwirtschaftliches Einkommen von Fr. 3625.50 erwirtschaften. Dieser Betrag liegt deutlich unter dem oben erwähnten

Minimalbetrag von 5 000 Franken. Dementsprechend handelt es sich bei der vom Rekurrenten betriebenen Damhirschhaltung um Freizeitlandwirtschaft im Sinn von Art. 34 Abs. 5 RPV. Die für diese Damhirschhaltung geplante neue Scheune ist daher nicht zonenkonform, weshalb eine Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG nicht in Betracht fällt. Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob die geplante Baute in der vorgesehenen Grösse für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig wäre (Art. 34 Abs. 4 Bst. a RPV) und ob ihr am vorgesehenen Standort überwiegende Interessen entgegenstünden (Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV).

f) Soweit der Rekurrent in seiner Eingabe vom 26. Juli 2005 geltend macht, gegenwärtig habe er zwar nur eine Betriebsbewilligung für 3 Hektaren, womit er 59 Tiere halten könne, besitze aber 4,5 Hektaren, wofür er ohne Weiteres eine Bewilligung zur Damhirschhaltung im Umfang von 94 Tieren erhältlich machen könne, ist dem entgegenzuhalten, dass im vorliegenden Verfahren keine Ausdehnung der Hirschhaltung beantragt wurde. Es ist daher auf den tatsächlichen und nicht auf einen hypothetischen Bestand abzustellen. Unbegründet ist im Übrigen der Einwand, die angenommenen Direktzahlungen würden entgegen der Behauptung des ARE in dessen Stellungnahme vom 24. Mai 2005 rund 22 000 Franken und nicht bloss rund 14 800 Franken betragen. Wie sich aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung zweifelsfrei ergibt, machen Deckungsbeitrag und Direktzahlungen zusammen rund 22 000 Franken aus, die angenommenen Direktzahlungen allein jedoch rund 14 800 Franken. Offenkundig fehlt geht schliesslich auch der Vergleich mit einem Landwirtschaftsbetrieb, der zwei Stiere und dreissig Kühe der Rindergattung hält. Wie sich aus Art. 27 der Landwirtschaftlichen Begriffsverordnung (SR 910.91; abgekürzt LBV) in Verbindung mit dem Anhang ergibt, zählen Kühe der Rindergattung als eine Grossvieheinheit, und pro Milchkuh wird nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 LBV mit einem gesamtbetrieblichen Arbeitszeitbedarf von 0.043 Standardarbeitskräften (SAK) gerechnet. Im Vergleich zur Damhirschhaltung ist damit der Arbeitszeitbedarf pro Tier rund vierzehn Mal höher.

Ergebnis:

Weil die Damhirschhaltung des Rekurrenten als Freizeitlandwirtschaft einzustufen war, konnten die dafür erforderlichen Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone nicht als zonenkonform bezeichnet werden. Der Neubau einer Scheune konnte deshalb nicht bewilligt werden. Der Rekurs wurde abgewiesen.

Dieser Entscheid wurde durch das Urteil des Bundesgerichtes vom 7. November 2006 (1A.64/2006) bestätigt.

123

Art. 23 BauG (sGS 731.1). Die in einem Überbauungsplan festgelegten Abweichungen von der Regelbauweise dürfen insgesamt nicht zu einer dem fakultativen Referendum unterstellten Änderung der Zonenordnung führen.

Baudepartement, 6. März 2006

Sachverhalt:

Über mehrere, in der dreigeschossigen Wohnzone gelegene Parzellen wurde ein Überbauungsplan erlassen, welcher unter anderem die Erstellung von drei viergeschossigen Bauten zulässt. Gegen diesen Überbauungsplan wurden von Nachbarn zwei Rekurse beim Baudepartement eingereicht.

Aus den Erwägungen:

5. Weiter machen die Rekurrentinnen und Rekurrenten geltend, die raumplanerische Interessenabwägung sei nicht richtig vorgenommen worden. Es seien nicht nur die privaten Interessen der Nachbarn vernachlässigt worden, sondern auch das Interesse der Öffentlichkeit an der Erhaltung des besonderen Charakters des Gebiets.

a) Art. 23 Bst. b BauG bestimmt, dass in einem Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden kann. Dazu gehören die in Art. 23 Bst. b Satz 1 BauG ausdrücklich erwähnten Baumasse und die Ausnützungsziffer, also insbesondere auch die Bestimmungen über die Gebäudelänge, -höhe oder die Stockwerkzahl (VerwGE vom 18. Februar 1999 i. S. E. L.). Zum gleichen Schluss führt die Bestimmung von Art. 27 BauG, wonach durch einen Überbauungsplan – unter bestimmten Voraussetzungen – eine Mehrausnützung gewährt werden darf. Art. 27 BauG findet auch Anwendung, wenn in einer Bauordnung keine Ausnützung- oder Baumassenziffer vorgesehen ist. Das Ziel, das mit den Verhältniszahlen der Ausnützungsziffer (Art. 61 Abs. 1 BauG) oder der Baumassenziffer (Art. 63bis BauG) verfolgt wird, nämlich die Beschränkung der Baudichte, kann auch mit den übrigen Regelbauvorschriften (Gebäudehöhe, Gebäudeabstände usw.) erreicht werden. Eine Mehrausnützung kann insbesondere auch durch eine Erhöhung der Geschoszahl erreicht werden. Allerdings gilt allgemein und damit auch in Bezug auf die Mehrausnützung durch eine Erhöhung der Geschosanzahl, dass mit der Mehrausnützung die Grenze der materiellen Zonenplanänderung nicht überschritten werden darf, weil sonst das Referendum nach Art. 30 Abs. 1 BauG umgangen würde.

b) Die vom streitigen Überbauungsplan erfassten Grundstücke sind der Wohnzone W3a zuteilt. Die Vorschriften nach der Regelbauweise schreiben vor, dass in der Bauklasse 3a maximal dreigeschossige Bauten zulässig sind, wobei im Rahmen der Vorschriften ausgebaute Dach- und Sockelgeschosse nicht als Vollge-

schosse angerechnet werden. Der Gebäudeabstand entspricht der Summe der massgebenden Grenzabstände, wobei der kleine Grenzabstand 5 m und der grosse Grenzabstand 10 m beträgt. Der grosse Grenzabstand ist auf die am stärksten nach Süden gerichtete Längsfassade einzuhalten. Die Gebäudehöhe ist auf 11 m beschränkt, und die zulässige Gebäudelänge beträgt 22 m, wobei ab 12 m Länge ein Mehrlängenzuschlag dazugerechnet werden muss. Der ordentliche Strassenabstand ist auf 3 m festgelegt.

c) Im Überbauungsplan sind drei Baubereiche für viergeschossige Hauptbauten mit zusätzlichem Sockelgeschoss entlang der D-Strasse vorgesehen. Sämtliche Baubereiche weisen eine Länge von 23,6 m auf. Je Hauptbaute sind an der Südfassade je zwei Baubereiche für Vorbauten geplant. Zusätzlich erhalten alle drei Baubereiche an der Ost- und Westfassade gegen die nach Süden gerichteten Gebäudeecken zwei weitere Baubereiche für Vorbauten. Der Baubereich für Vorbauten auf dem Grundstück Nr. X erstreckt sich auf die gesamte Länge der Westfassade. Der Abstand zur D-Strasse beträgt 3,8 m und zur S-Strasse mindestens 4 m. Der Gebäudeabstand der drei geplanten Hauptbauten sowie auch zum bestehenden Wohnhaus liegt bei 10 m. Ausgehend von einem Niveaupunkt von 0,8 m über dem Niveau der D-Strasse beträgt die Gebäudehöhe 13,7 m. Der grosse Grenzabstand der am stärksten gegen Süden ausgerichteten Längsfassade beträgt zwischen 4,8 m beim östlichsten und 6,04 m bei der westlichsten Hauptbaute der drei Hauptbauten. Das Keller- und Sockelgeschoss reicht bis auf die südliche Parzellengrenze. Die besonderen Vorschriften bestimmen, dass das Sockelgeschoss gegenüber der D-Strasse mit einer Höhe von 3 m in Erscheinung treten dürfe. Über den Vollgeschoss ist kein Dachgeschoss zulässig (Art. 4 Abs. 2 und 3 besV).

d) Es ist unbestritten, dass der Überbauungsplan mehrere Abweichungen zu den Regelbauvorschriften zulässt. Dies betrifft die Anzahl Vollgeschosse, die Gebäudehöhe und -länge sowie den grossen Grenzabstand.

e) Nachdem feststeht, dass in einem Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften grundsätzlich von der im Zonenplan vorgegebenen Geschosshöhe, Gebäudehöhe, aber auch Grenzabstand abgewichen werden kann, ist die Rechtmässigkeit der konkret getroffenen Ordnung zu prüfen. Unbestritten ist, dass mit dem streitigen Überbauungsplan eine Mehrausnutzung gewährt werden soll, weshalb der Plan den Vorgaben von Art. 27 BauG zu genügen hat. Es muss somit gewährleistet sein, dass durch den Überbauungsplan ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung verwirklicht wird, die Grösse des Grundstücks dies rechtfertigt und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigt werden. Ob ein besseres Projekt als nach zonengemässer Überbauung bzw. nach Regelbauvorschriften vorliegt, ist anhand der raumplanungsrechtlichen Planungsgrundsätze und -ziele (Art. 1 und 3 RPG) zu beurteilen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz 145).

f) Da die Ortsplanung Aufgabe der politischen Gemeinden ist (Art. 4 BauG), hat der Staat den nötigen Ermessensspielraum der politischen Gemeinde zu wahren

(Art. 3 Abs. 2 BauG). Die Rekursinstanz übt daher insbesondere bei der Zweckmässigkeitsüberprüfung eine gewisse Zurückhaltung (H. Hess, Ortsplanungsrecht I, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Bd.20, St.Gallen 1983, S. 25). Dies bedeutet, dass die kantonalen Behörden bei ihrer Zweckmässigkeitskontrolle nicht erst einschreiten können, wenn die Lösung der Gemeinde ohne sachliche Gründe getroffen wurde und schlechthin unhaltbar ist. Sie dürfen die Ortsplanung vielmehr korrigieren, wenn sie sich auf Grund überkommener öffentlicher Interessen als unzweckmässig erweist oder wenn sie den begleitenden Grundsätzen und Zielen der Raumplanung nicht entspricht oder unzureichend Rechnung trägt (Heer, a. a. O., Rz 67 mit Hinweisen). Umgekehrt hat der Staat den kommunalen Entscheid zu respektieren, wenn er den massgebenden Rechtsnormen entspricht, zweckmässig sowie sachgerecht ist, unabhängig, ob weitere, ebenso zweckmässige Lösungen denkbar wären (Heer, a. a. O., Rz 224). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Planungsgrundsätze, wie sie insbesondere in Art. 3 RPG verankert sind, als Rechtsgrundsätze zwar einer Überprüfung zugänglich sind, aber kein widerspruchloses Zielsystem bilden, sondern vielmehr Wertungsgesichtspunkte darstellen, die im Einzelfall der Harmonisierung bedürfen. Sie dienen als Anleitung und Massstab bei der Abwägung der planerischen Interessen. Während die Frage des vollständigen Einbezugs der massgeblichen Einzelaspekte in die Interessenabwägung im Rahmen der Planung grundsätzlich der Rechtskontrolle unterliegt, steht der Planungsbehörde namentlich dort ein grosser Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zu, wo es um die Wertung bzw. Gewichtung der einzelnen Grundsätze geht (GVP 1996 Nr. 12).

g) Hinsichtlich der Frage, ob mit dem Überbauungsplan ein besseres Projekt im Sinn von Art. 27 BauG verwirklicht werden kann, betont der Rekursgegner, dass Volumen, Lage und Grösse der bestehenden Bauten in den Überbauungsplan eingeflossen seien. Die vier- bis fünfgeschossige Bauweise sei quartierüblich.

Die Vorinstanz weist auf die besonderen bestehenden Verhältnisse im Bereich der südlichen D-Strasse hin. Dieser liege mitten in einem Wohnquartier und gehöre zur Wohnzone W3a. Von den drei betroffenen Grundstücken werde lediglich die Parzelle Nr. X als Mehrfamilienhaus vollwertig genutzt. Auf der Parzelle Nr. Y hingegen befinde sich ein seit längerem leer stehendes, früher gewerblich genutztes Gebäude und die westlich angrenzende Parzelle Nr. Z sei gänzlich unüberbaut. Der vorgesehene Abbruch der Gewerbebaute und die Realisierung einer Neuüberbauung mit reiner Wohnnutzung lägen daher nicht nur im Interesse der Bauherrschaft, sondern ebenso im Interesse von Stadt und Quartier. Da sich aber auf Grund der Parzellenstruktur weder auf der Parzelle Nr. Y noch auf der unüberbauten Parzelle Nr. Z nach der Regelbauweise eine sinnvolle Überbauung verwirklichen bzw. angemessene Nutzung erreichen lasse, sei eine städtebaulich gesamthafte Lösung nur unter Einbezug aller drei Grundstücke möglich. Insbesondere sei festzustellen, dass das zu Beginn des 20. Jahrhunderts entstandene Quartier trotz verschiedener

prägender Elemente wie der vier- und fünfgeschossigen Bauweise, des rechtwinkligen Strassensystems oder des minimalen Umschwungs sowie der klar definierten Strassenräume kein einheitliches Erscheinungsbild aufweise. Die drei geplanten, gleich grossen Bauten der D-Strasse entlang lehnten sich hinsichtlich Volumen an die angrenzenden Bauten D-Strasse 8 und S-Strasse 16/18 an. Indem sie die vorherrschende Gebäudetypologie aufnahmen und diese hinsichtlich Höhe, Abstände und Fassadenflucht weiterführten, ergänzten sie das Siedlungsbild. Zusammen mit dem bestehenden Haus auf Parzelle Nr. X bildeten sie eine Häuserzeile. Die notwendige Angleichung an die auf Grund der dortigen Hanglage höher gelegene Gebäudereihe an die R-Strasse erfolge mit einem Sockelgeschoss.

h) Das Rechteck zwischen der F- und der M-Strasse sowie der Fr- und S-Strasse, das durch die D- und R-Strasse durchtrennt wird, definiert das Gebiet mit besonderem baulichem Erscheinungsbild. Gemäss Baureglement sind Bauten und Aussenräume so zu gestalten, dass der typische Gebietscharakter gewahrt bleibt und eine gute Gesamtwirkung erzielt wird. Dies gilt insbesondere für Stellung, Mass und Dachgestaltung der Bauten, Fassaden- und Fenstergestaltung sowie die Material- und Farbwahl und Umgebungsgestaltung. Die Grenzabstände von Neu- und Erweiterungsbauten können ohne Sonderbauvorschriften von der Regelbauweise abweichen, wenn sie die Gebietscharakteristik nicht wesentlich beeinflussen.

i) Der Augenschein hat gezeigt, dass die Grundstücke an der Fr-Strasse 7 und an der F-Strasse 169 und 171 viergeschossig überbaut sind. Westlich angrenzend (F-Strasse 175) befindet sich eine eingeschossige Garage mit Flachdach. Weiter südlich an der D-Strasse 8 steht ein fünfgeschossiges Wohnhaus. Die folgenden Wohnhäuser an der D-Strasse 6 bis 2 sowie an der Fr-Strasse 5 sind viergeschossig überbaut. Südlich des Überbauungsplangebiets befindet sich an der S-Strasse 19 ein viergeschossiges Hotel mit Sockelgeschoss. Die Grundstücke R-Strasse 1 bis 9 sind mit engstehenden, viergeschossigen Punktbauten mit Schindelschirm überbaut. Auf der gegenüberliegenden Seite der R-Strasse 2 befindet sich ein eingeschossiges, atelierähnliches Gebäude mit Flachdach. Das Gebäude an der R-Strasse 10 ist dreigeschossig. Bei den Gebäuden nördlich der M-Strasse handelt es sich um dreigeschossige Backsteinbauten.

Im Geviert, das als Gebiet mit besonderem baulichem Erscheinungsbild bezeichnet wird, ist kein einheitlicher Baustil erkennbar. Die Gebäude unterscheiden sich sowohl in Farbe (rosa, lindgrün, gelb, grau) und Fassadengestaltung (Verputz, Schindelschirm, Backstein), als auch in der Dachform (Walmdach, Mansardendach, Kreuzgiebeldach, Flachdach). Einzelne Strassenzüge zeigen durch die Gebäude eine auffallende Regelmässigkeit. Insbesondere die Punktbauten an der R-Strasse und die Backsteinhäuser auf der nördlichen Seite der M-Strasse fallen je durch ihre regelmässige Anordnung gleicher Architektur auf.

k) Der Überbauungsplan nimmt die Symmetrie der bestehenden Überbauung auf, indem sich die westlichste Baute an den Grundriss und die Ausrichtung der gegenüberliegenden Baute an der D-Strasse 8 anpasst. Gegenüber den Bauten auf den süd-

lich angrenzenden Parzellen übernimmt sie durch ihre Lage eine Klammerfunktion, indem sie sich praktisch von der Mitte des einen Gebäudes zur Mitte des anderen Gebäudes erstreckt. Diese Regelmässigkeit wird gegenüber den Punktbauten weiter östlich weitergeführt. Indem sich die drei geplanten Bauten am ehesten an der Grösse des Mehrfamilienhauses an der D-Strasse 8 orientieren, gehören sie zweifellos zu den voluminöseren Bauten in diesem Quartier. Durch die besondere Gitterstruktur der Erschliessungsstrassen sind die Grundstücke des Überbauungsplangebiets die einzigen – mit zwei Ausnahmen – innerhalb des Gebiets mit besonderem baulichem Erscheinungsbild und in der Wohnzone W3a, die gegen Süden den grossen Grenzabstand einzuhalten haben. Die übrigen Grundstücke grenzen im Süden an die R- bzw. M-Strasse und haben damit lediglich den Strassenabstand einzuhalten. Auf zwei Parzellen weisen die Bauten ebenfalls eine vergleichbare Unterschreitung des grossen Grenzabstands auf wie die streitigen Baubereiche für Hauptbauten. Das bestehende vom Überbauungsplan erfasste Mehrfamilienhaus auf der Parzelle Nr. X hält sogar nur gerade einen grossen Grenzabstand von 3 m ein. Auch die im Norden an die D-Strasse und im Westen an die S-Strasse angrenzenden Bauten bestärken den Eindruck eines dicht überbauten Gevierts mit wenig Umschwung. Diese relativ hohe Überbauungsdichte entspricht einem zentralen raumplanerischen Interesse, zumal das Planungsgebiet über eine gute Versorgungs- und Verkehrsinfrastruktur verfügt. Städtebaulich bildet der Überbauungsplan grundsätzlich auch einen guten Ansatz, die bestehende, für dieses Geviert charakteristische Rhythmik weiterzuführen. Allerdings wird dabei der Tatsache nicht genügend Rechnung getragen, dass das Überbauungsplangebiet in der Wohnzone W3a und nicht wie die gegenüberliegende Seite der D-Strasse der Kernzone K4 zugeteilt ist. Der Überbauungsplan enthält im Vergleich zur Regelbauweise in der Wohnzone W3a folgende Abweichungen:

- viergeschossig statt dreigeschossig
- maximale Gebäudehöhe 13,7 m statt 11 m
- maximale Gebäudelänge 23,6 m statt 22 m
- grosser Grenzabstand 4,8 bis 6,04 m statt 11,45 m (10 m + 1,45 m)
- Strassenabstand 3,8 m statt 3 m.

Diese Abweichungen erlauben ein Ausmass von Bauten, die selbst in einer Kernzone K4 ohne Ausnahmegewilligung bzw. ohne Sondernutzungsplan nicht erstellt werden könnten. Denn selbst in der Kernzone K4 würde der grosse Grenzabstand – wenn auch deutlich weniger – unterschritten werden. Der Überbauungsplan läuft damit auf eine materielle Änderung der Zonenordnung im Planperimeter hinaus, für die nach Art. 30 BauG das Referendumverfahren zwingend vorgeschrieben ist.

6. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Nachbarn in ihren Interessen erheblich beeinträchtigt werden.

a) Beim Erlass eines Überbauungsplans sind die Baumöglichkeiten nach der Regelbauweise zu berücksichtigen. Die Grenze der zulässigen Abweichungen von der Regelbauweise ergibt sich einerseits aus dem Erfordernis des öffentlichen

Interesses an der Abweichung, andererseits aus dem Erfordernis der Wahrung berechtigter Nachbarinteressen. Abweichungen von der Regelbauweise in einer Zone sind mit anderen Worten nur in dem Mass zulässig, als sie zur Erreichung einer vom öffentlichen Interesse getragenen Überbauung erforderlich sind und die Interessen der Nachbarn nicht erheblich beeinträchtigen. Massgebend ist dabei eine Gesamtbeurteilung der Auswirkungen einer Überbauung nach Überbauungsplan. Ob Nachbarn gesamthaft gesehen in ihren geschützten Interessen übermässig beeinträchtigt werden, ist entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob sie nur in einzelnen Punkten ohne Berücksichtigung der ihnen in anderer Beziehung erwachsenden Vorteile nachteilig berührt werden. In jedem Fall haben Nachbarn insoweit Beeinträchtigungen durch einen Überbauungsplan zu dulden, als diese nicht weiter gehen als diejenigen nach Regelbauweise (GVP 1995 Nr. 93).

b) Der Überbauungsplan überschreitet kumulativ alle wichtigen Bestimmungen, die das Volumen von Bauten definieren, die der Wohnzone W3a zugeschrieben sind. Der Verzicht auf die Erstellung eines Satteldachs wirkt sich nur marginal auf die Veränderung der Besonnungsverhältnisse aus, und die Vergrösserung des Strassenabstands vermag die massiven Überschreitungen der Regelbauvorschriften nicht aufzuheben. Auch der Gebäudeabstand, der zwar eingehalten wird, ist auf ein Minimum begrenzt, so dass auch in diesem Bereich keine Kompensation der Überschreitungen der Geschossigkeit, der Gebäudehöhe und -länge und vor allem aber der erheblichen Unterschreitung des grossen Grenzabstands geschaffen wird. Der Überbauungsplan verursacht damit eine Mehrbeeinträchtigung, die das zumutbare Mass überschreitet.

Ergebnis:

Da der Überbauungsplan zu einer unzulässigen materiellen Zonenplanänderung führte und zudem die Interessen der Nachbarn übermässig beeinträchtigte, war er unter Gutheissung der Rekurse aufzuheben.

124

Art. 63 BauG (sGS 731.1). Der Eintrag eines Ausnützungstransfers als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch ist nur zulässig, wenn und soweit der Übertrag auf Grund eines konkreten Baugesuchs erforderlich ist.

Baudepartement, 20. April 2006

Sachverhalt:

Die K. AG (Rekurrentin) verkaufte im Jahr 2000 einen Teil ihrer Parzelle an das Ehepaar R. (Rekursgegner 2). Im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag hielten die Parteien fest, dass die Ausnützung der Verkaufsfläche dem Stammgrundstück erhalten bleibe. Eine Anmerkung der Ausnützungsreserve erfolgte ebenso wenig wie eine Verpflichtung, diese Bestimmung einem Rechtsnachfolger zu überbinden.

Im Jahr 2001 verkaufte das Ehepaar R. seine Parzelle an die Eheleute L. (Rekursgegner 1), welche auch heute noch Eigentümer dieser Liegenschaft sind.

Auf Antrag der K. AG verfügte die zuständige Gemeindebehörde am 26. April 2004 einen Ausnützungstransfer zu Gunsten der Parzelle der K. AG und zu Lasten der Parzelle der Ehepartner L. sowie nach eingetretener Rechtskraft dessen Anmerkung als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch (Verfügung 1). Gegen diese Verfügung erhoben sowohl das Ehepaar L. als auch das Ehepaar R. Rekurs beim Baudepartement. Am 4. Februar 2005 widerrief die zuständige Gemeindebehörde die erste Verfügung und wies den Antrag der K. AG ab (Verfügung 2). Gegen diese Verfügung erhob die K. AG Rekurs beim Baudepartement.

Aus den Erwägungen:

6. a) Die Vorinstanz verfügte ursprünglich die Anmerkung des Ausnützungstransfers im Grundbuch als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung. Für solche gilt die Besonderheit, dass sie eine doppelte Rechtsgrundlage erfordern. Dazu zählt einerseits die grundbuchrechtliche und somit zivilrechtliche Grundlage und andererseits die kantonalrechtliche Grundlage (D. Scherrer, Anmerkungen im Grundbuch unter Berücksichtigung des Bundesrechts und des kantonal-st.gallischen Rechtes, Diss. Freiburg 1984, S. 246 ff.). Art. 962 Abs. 1 ZGB stellt die grundbuchrechtliche Kompetenznorm für kantonale Anmerkungstatbestände dar. Kantonalrechtlich finden sich entsprechende Kompetenznormen u. a. in Art. 62 und 63 BauG (GVP 1997 Nr. 72).

b) In ihrer Verfügung 1 stützte die Vorinstanz die grundbuchliche Anmerkung des Ausnützungstransfers auf Art. 62 BauG. Diese Bestimmung verlangt die Anmerkung einer Vorbelastung der Ausnützung als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung von Amtes wegen für den Fall, dass ein ganz oder teilweise überbautes Grundstück geteilt und die Ausnützung durch die Teilung auf ein anderes Grundstück verlagert wird. Entscheidend ist hierbei, dass infolge der Teilung beim

bereits überbauten Parzellenteil eine Überschreitung der Ausnützungsziffer eintritt, weil die bisher für die Berechnung der Ausnützungsziffer zur Verfügung gestandene, nunmehr aber abgeteilte Bodenfläche nicht mehr berücksichtigt werden kann. Wird deshalb aufgrund der Teilung die Ausnützung auf einem bereits überbauten Grundstück überschritten, so ist von der zuständigen Gemeindebehörde ein Ausnützungstransfer zu dessen Gunsten und zu Lasten des bisher für die Ausnützungsberechnung berücksichtigten Grundstücksteils von Amtes wegen im Grundbuch anmerken zu lassen. An einer solchen Anmerkung besteht ein ausgewiesenes öffentliches Interesse, weil ansonsten durch die Teilung eines Grundstücks die gesetzlichen Vorschriften betreffend Ausnützungsziffer umgangen werden könnten.

c) Wie bereits ausgeführt stellte das Bauamt nach dem Landverkauf aufgrund seiner approximativen Hochrechnung fest, dass dem verbleibenden Restgrundstück der Rekurrentin trotz Landabtretung noch genügend Ausnützung für die sich darauf befindlichen Bauten verbleiben werde. Somit bestand aus amtlicher Sicht keinerlei Veranlassung einen Ausnützungstransfer gestützt auf Art. 62 BauG als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anmerken zu lassen.

d) Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ergibt sich daher, dass für eine Anmerkung einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung von Amtes wegen gestützt auf Art. 62 BauG keine Veranlassung bestand, weshalb die Verfügung 1 auch aus materieller Sicht zu Recht widerrufen wurde. Ohne diesen Widerruf hätten die Rekurse der Rekursgegner 1 und 2 auch wegen materieller Rechtswidrigkeit gutgeheissen werden müssen. Dass die Parteien in Ziffer 11 des Kaufvertrags auf rein privatrechtlicher Basis dennoch einen Ausnützungstransfer vereinbarten, der aus öffentlichrechtlicher Sicht nicht geboten war, konnte keine Verpflichtung der Vorinstanz zu hoheitlichem Handeln begründen. Vielmehr wäre es Sache der Parteien gewesen, ihre privatrechtlichen Vereinbarungen entsprechend zu sichern. Hierzu können sie nicht nachträglich den Staat beanspruchen.

7. a) Zu prüfen bleibt weiter, ob die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, dem Begehren der Rekurrentin um Anmerkung einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung gestützt auf Art. 63 BauG zu entsprechen. Konkret verwarf sie dies mit dem Einwand, dass die dafür notwendige schriftliche Zustimmung der betroffenen Grundeigentümer fehle. Die Rekurrentin wendet dagegen ein, mit Ziffer 11 des Kaufvertrags vom 27. Oktober 2000 sei das erforderliche Einverständnis erteilt worden. Hiergegen wiederum bringen die Rekursgegner 1 vor, sie hätten als zum Zeitpunkt des Eintragungsgesuchs aktuelle Eigentümer der fraglichen Liegenschaft eine solche Zustimmung nie erteilt, weshalb ihnen vertragliche Vereinbarungen zwischen der Rekurrentin und den Rekursgegnern 2 nicht vorgehalten werden könnten. Wie es sich damit verhält, kann indes aufgrund nachfolgender Überlegungen offen bleiben.

b) Gemäss Art. 63 BauG ist die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken zur Berechnung der Ausnützungsziffer ausnahmsweise zulässig, wenn die betroffenen Grundeigentümer sich schriftlich zu einem Verzicht auf die spätere Überbauung verpflichten. Diesfalls verfügt die zuständige Gemeindebehörde diese Verpflichtung als

öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und lässt sie im Grundbuch anmerken. Es fragt sich, ob eine amtliche Pflicht zur Anmerkung auch dann besteht, wenn kein aktuelles Bauvorhaben verwirklicht werden soll. M. Zemp führt im Kommentar zum Baugesetz des Kantons St.Gallen vom 6. Juli 1972, St.Gallen 1980, S. 82 i.V.m. S. 62 f. dazu aus, dass der Fall, in dem ein Nachbar eine solche generelle Verpflichtungserklärung (d. h. ohne Abhängigkeit von einem konkreten Bauvorhaben und somit quasi auf Vorrat) abgebe, unter Art. 680 Abs. 3 ZGB zu subsumieren sei, werde damit doch die gesetzliche Eigentumsbeschränkung abgeändert, ohne dass es zur korrelierenden Nachbarsbaute kommen müsse. Wolle ein Nachbar eine solche Verpflichtung eingehen, sei er an die Bestimmungen des Privatrechts gebunden. Eine solche Verpflichtung vermöge jedoch die öffentlichrechtliche Verpflichtungserklärung gegenüber der Behörde nicht zu ersetzen. Ausserdem dürfe die Verpflichtung des Nachbarn von Amtes wegen nur so weit gehen, wie es öffentlichrechtlich erforderlich sei. Ob und inwieweit die Verpflichtungserklärung benötigt werde und Bestand habe, hänge deshalb vom Entscheid der Behörde hinsichtlich des konkreten Bauvorhabens ab. Daraus schliesst Zemp, dass die Verpflichtungserklärung nach Art. 63 BauG erst mit oder nach Einreichung eines Baugesuchs gültig abgegeben werden könne.

c) Diese Ansicht überzeugt. Auch der Wortlaut von Art. 63 BauG unterstreicht diese Auffassung, spricht er doch explizit von «Inanspruchnahme», was offenbar ein konkretes Projekt, bei welchem die erlaubte Ausnützung überschritten werden könnte, voraussetzt. Allein in solchen Fällen rechtfertigt sich eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und damit ein staatlicher Eingriff in die verfassungsmässig geschützte Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Weshalb der Staat die Anmerkung eines durchaus zulässigen, aber rein privatrechtlich vereinbarten, aus öffentlichrechtlicher Sicht nicht notwendigen Ausnützungstransfers als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung verfügen sollte, ist in der Tat nicht einzusehen. Einem solchen Vorgehen würde es bereits am erforderlichen öffentlichen Interesse mangeln, welches jedem Eingriff in die verfassungsmässig garantierten Grundrechte zugrunde liegen muss (vgl. Art. 36 Abs. 2 BV). Eine Verfügung der Vorinstanz hätte sich somit auch dann nicht auf Art. 63 BauG stützen lassen, wenn man Ziffer 11 des Kaufvertrags vom 27. Oktober 2000 als Zustimmung gedeutet hätte, denn es fehlte im Zeitpunkt des rekurrentischen Gesuchs an einem aktuellen Bauvorhaben, für welches ein Ausnützungstransfer zur Wahrung öffentlicher Interessen angezeigt gewesen wäre.

Ergebnis:

Hinter dem obligatorisch vereinbarten Ausnützungsübertrag stand kein öffentliches Interesse, weshalb dieser nicht als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden konnte. Die Vorinstanz hatte demzufolge in der Verfügung 2 das entsprechende Begehren zu Recht abgewiesen. Auch der gegen diese Verfügung beim Baudepartement erhobene Rekurs war abzuweisen. Umgekehrt konnten die Rekurse gegen die Verfügung 1 zufolge Gegenstandslosigkeit von der Geschäftsliste abgeschrieben werden.

125

Art. 82 BauG (sGS 731.1). Wurde ein Baugesuch unter Verletzung der Verfahrensvorschriften und namentlich ohne vorgängige Auflage und Anzeige bewilligt, so kann die Baubewilligung auch nachträglich angefochten werden.

Baudepartement, 24. Januar 2006

Sachverhalt:

Im Jahr 2001 erteilte die zuständige Gemeindebehörde der Baugesellschaft S. die Baubewilligung für die Erstellung von sechs Doppel-einfamilienhäusern mit Einstellhalle. Davon wurden vorerst drei Doppel-einfamilienhäuser erstellt. Die Hälfte eines Doppelhauses sowie das Benützungsrecht an zwei Parkplätzen in der Einstellhalle wurde vom Ehepaar L. im Jahr 2002 erworben.

Am 14. Oktober 2004 erteilte die zuständige Gemeindebehörde der Baugesellschaft S. unter Verzicht auf ein Anzeige- und Auflageverfahren die Bewilligung für eine Projektänderung. An Stelle der verbleibenden drei Doppelhäuser wurden Einzelhäuser bewilligt, welche im Untergeschoss mit der Einstellhalle und im Erdgeschoss mit geschlossenen Abstellräumen verbunden sind.

Mit Schreiben vom 7. September 2005 erhoben die Eheleute L. nachträglich Einsprache gegen das Bauvorhaben, weil sie kurz zuvor festgestellt hatten, dass die Bauausführung nicht den ursprünglich bewilligten Plänen entsprach. Sinngemäss wurde gerügt, dass die Projektänderung nicht ausgeschrieben worden war, obwohl ihre Interessen betroffen seien. Am gleichen Tag nahm die Gemeindebehörde Stellung und hielt fest, dass sich aus der Projektänderung keine nachteiligen Auswirkungen ergäben.

Am 13. September 2005 reichten die Ehepartner L. beim Baudepartement eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

1. a) Nach Art. 88 Abs. 1 VRP kann Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden, soweit kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist oder offen stand. Dabei kann nach Art. 88 Abs. 2 VRP mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde geltend gemacht werden, dass eine Behörde:

- a) sich weigere, eine vorgeschriebene Amtshandlung vorzunehmen oder sie ungerechtfertigt verzögere;
- b) die Amtsgewalt missbrauche oder sich einer strafbaren Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht habe;
- c) bei Ausübung der Befugnisse sonst willkürlich gehandelt habe.

Während Art. 88 Abs. 1 lit. a VRP Fälle der formellen Rechtsverweigerung erfasst – dazu gehört auch der Missbrauch der Amtsgewalt nach Art. 88 Abs. 1 lit. b VRP –

fallen unter Art. 88 Abs. 1 lit. c VRP die Fälle der materiellen Rechtsverweigerung (W. E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, 100).

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist zulässig innert dreissig Tagen, nachdem der Betroffene vom Beschwerdegrund Kenntnis erhalten hat (Art. 90 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde, mit der eine ungerechtfertigte Verzögerung einer Amtshandlung geltend gemacht wird, ist an keine Frist gebunden (Art. 90 Abs. 2 VRP). Es ist Sache des Beschwerdeführers, die Rechtzeitigkeit der Beschwerde nachzuweisen.

b) Die Beschwerdeführer machen in erster Linie geltend, die Bewilligung vom 14. Oktober 2004 für eine Projektänderung sei in Verletzung ihrer Verfahrensrechte erteilt worden.

aa) Diese Rüge kann mit Rekurs gegen die Bewilligung vom 14. Oktober 2004 geltend gemacht werden, weshalb insoweit die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht zur Verfügung steht. Dem steht nicht etwa die formelle Rechtskraft der fraglichen Bewilligung entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes liegt nämlich in der Tatsache, dass ein Bauprojekt oder wesentliche Abänderungen desselben nicht öffentlich aufgelegt und publiziert werden sowie in der Verletzung der Anzeigepflicht gegenüber Betroffenen bei vereinfachten Baubewilligungsverfahren, eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs gegenüber den Einspracheberechtigten. Ihnen darf aus der mangelhaften bzw. fehlenden Eröffnung kein Rechtsnachteil erwachsen, weshalb sie befugt sind, ein Rechtsmittel noch innerhalb der ordentlichen Frist seit dem Zeitpunkt, in dem von der Verfügung Kenntnis genommen werden konnte, einzureichen. In solchen Fällen ist die formelle Rechtskraft der mangelhaft eröffneten Verfügung daher zunächst eine bloss scheinbare oder «hinkende», wie Lehre und Rechtsprechung seit jeher angenommen haben. Nach Treu und Glauben darf indessen ein Betroffener den Beginn des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern, wenn er einmal von der ihn berührenden Verfügung Kenntnis erhalten hat, sondern es ist ihm dann zuzumuten, dafür besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung zu erfahren. Er hat sich danach zu erkundigen, wenn Anzeichen für die Erteilung einer Baubewilligung vorliegen (BGE 107 Ia 76; ZBI 85 [1984], S. 426, je mit Hinweisen).

bb) Im vorliegenden Fall bestanden für die Beschwerdeführer erst im Zeitpunkt der Ausschaltung des Untergeschosses (30. August 2005) Anzeichen dafür, dass offenbar eine Projektänderung bewilligt worden war. Die unter falscher Adressangabe im November 2004 erfolgte Publikation der Projektänderungsbewilligung auf der Homepage der Gemeinde kann ihnen jedenfalls nicht entgegengehalten werden, umso mehr als eine Homepage nicht als amtliches Publikationsorgan zugelassen ist (Art. 7 Abs. 2 GG). In der Folge erkundigten sie sich unverzüglich bei der zuständigen Behörde, und diese bestätigte den Sachverhalt mit Schreiben vom 7. September 2005. Die in diesem Punkt als Rekurs entgegenzunehmende Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 13. September 2005 erfolgte mithin in jedem Fall innert

der Rekursfrist von vierzehn Tagen (Art. 47 Abs. 1 VRP), nachdem die Beschwerdeführer Kenntnis von der Erteilung einer Projektänderungsbewilligung erhielten, und damit fristgerecht. Die Zuständigkeit des Baudepartementes folgt aus Art. 43bis VRP in Verbindung mit Art. 25 lit. a des Geschäftsreglementes der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3). Auch wenn die Beschwerdeführer bzw. Rekurrenten keinen ausdrücklichen Antrag stellen, so geht doch aus ihrer Eingabe hervor, dass sie sinngemäss die Aufhebung der Baubewilligung für die Projektänderung und die Wiederholung des Verfahrens unter Berücksichtigung ihrer Verfahrensrechte anstreben. Die Eingabe genügt daher insoweit auch den Formerfordernissen (Art. 48 VRP; Hagmann, a. a. O., S. 182 f.). Schliesslich ist auch die Rekursberechtigung (Art. 45 Abs. 1 VRP) gegeben, soweit die Rekurrenten eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte rügen. Ob eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte gegeben ist oder nicht, bildet vorliegend Gegenstand des Sachurteils und ist nicht eine Frage des Eintretens.

cc) Es ergibt sich somit, dass die Rechtsverweigerungsbeschwerde als Rekurs entgegenzunehmen ist, soweit damit eine Verletzung von Verfahrensrechten im Zusammenhang mit der Erteilung der Baubewilligung vom 14. Oktober 2004 für eine Projektänderung gerügt wird; auf den Rekurs ist einzutreten. Inwieweit im Übrigen auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde einzutreten ist, wird im Zusammenhang mit den einzelnen Rügen zu prüfen sein.

2. a) Nach Art. 80 ff. BauG werden bewilligungspflichtige Bauten und Anlagen im ordentlichen (Art. 81 f. BauG), im vereinfachten (Art. 82bis BauG) oder im Meldeverfahren (Art. 82ter BauG) bewilligt. Im ordentlichen Verfahren sind die Bauten und Anlagen zu visieren (Art. 81 BauG), und die zuständige Gemeindebehörde hat den Anstössern mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch Kenntnis zu geben (Art. 82 Abs. 1 BauG). Baugesuch und Unterlagen sind während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen, und die Auflage ist während der Einsprachefrist durch öffentlichen Anschlag bekanntzumachen (Art. 82 Abs. 3 BauG). Im vereinfachten Verfahren entfallen die Pflicht zur Visierung und das Auflageverfahren. Vom Baugesuch wird den Einspracheberechtigten mit eingeschriebenem Brief unter Eröffnung einer Einsprachefrist von vierzehn Tagen Kenntnis gegeben, wenn diese dem Baugesuch nicht unterschriftlich zugestimmt haben. Baugesuch und Unterlagen stehen den Einspracheberechtigten während der Einsprachefrist zur Einsicht offen (Art. 82bis Abs. 2 BauG). Im Meldeverfahren entfallen die Pflicht zur Visierung und das Anzeige- und Auflageverfahren. Das Vorhaben darf ausgeführt werden, wenn die zuständige Gemeindebehörde nicht innert dreissig Tagen nach Eingang des Baugesuches dem Gesuchsteller schriftlich mitteilt, dass das Gesuch in das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren verwiesen oder abgewiesen wird (Art. 82ter Abs. 2 BauG).

b) Das ordentliche Verfahren findet immer Anwendung, wenn weder die spezifischen Voraussetzungen des vereinfachten noch jene des Meldeverfahrens erfüllt sind. Im vorliegenden Fall konnte das Meldeverfahren von vornherein keine Anwendung finden, weil dieses ein entsprechendes Begehren des Baugesuchstellers

voraussetzt (Art. 82ter Abs. 1 BauG) und ein solches nach den Akten nicht vorlag; dabei kann offen bleiben, ob die übrigen Voraussetzungen des Meldeverfahrens überhaupt erfüllt gewesen wären. Nach Art. 82bis Abs. 1 BauG werden Bauten und Anlagen im vereinfachten Verfahren bewilligt, wenn sie keine oder nur die Interessen weniger Einspracheberechtigter berühren. Ohne Anzeige an die Rekurrenten hätte die Projektänderung nur bewilligt werden dürfen, wenn sie deren Interessen nicht berührt hätte oder die Rekurrenten dem Baugesuch unterschriftlich zugestimmt hätten. Letzteres war nicht der Fall. Es konnte aber auch nicht mit Grund davon ausgegangen werden, dass die Projektänderung die Interessen der Rekurrenten nicht berühre. Abgesehen davon, dass nach den neuen Plänen für das Haus der Rekurrenten die Parkplätze Nrn. 9 und 10 und nicht die den Rekurrenten dienstbarkeitsrechtlich gesicherten Parkplätze Nrn. 10 und 11 vorgesehen waren, sahen die Pläne vor dem Parkplatz Nr. 11 (nicht Nr. 12, wie die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 7. September 2005 an die Rekurrenten ausführt) neu eine Türe vor, wogegen nach den ursprünglichen Plänen dort nur ein Fenster vorgesehen war. Auch wenn in öffentlichrechtlicher Hinsicht nicht ersichtlich ist, was gegen die geänderte Anordnung der Parkplätze oder die Türe vor einem der Parkplätze sprechen sollte, lag eine Verletzung der privaten Rechte der Rekurrenten (Dienstbarkeit) auf der Hand. Da im Baubewilligungsverfahren auch privatrechtliche Einsprachen erhoben werden können (Art. 84 Abs. 3 BauG), hätte den Rekurrenten daher vor Bewilligung der Projektänderung mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch unter Eröffnung einer Einsprachefrist von vierzehn Tagen Kenntnis gegeben werden müssen. Die ohne Anzeige an die Rekurrenten erfolgte Bewilligung der Projektänderung verletzte mithin deren Verfahrensrechte, was zur Aufhebung der Baubewilligung vom 14. Oktober 2004 und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen muss. Diese wird den Rekurrenten vom Baugesuch (Projektänderung) mit eingeschriebenem Brief unter Eröffnung einer Einsprachefrist von vierzehn Tagen Kenntnis zu geben und anschliessend neu zu entscheiden haben.

Ergebnis:

Da die angefochtene Baubewilligung unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften erteilt worden war, musste diese aufgehoben und der dagegen erhobene Rekurs gutgeheissen werden.

126

Art. 130 Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Tragen mehrere Beteiligte die Verantwortung für einen widerrechtlichen Zustand, können für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Grundsatz alle Beteiligten herangezogen werden.

Regierung, 3. Oktober 2006

Sachverhalt:

In der Landwirtschaftszone wurde ohne Bewilligung eine rund 3 000 m³ umfassende Geländeauffüllung beziehungsweise Aushubdeponie erstellt. Da diese Anlage nicht bewilligungsfähig war, verlangte die zuständige Gemeindebehörde vom Grundeigentümer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Dagegen erhob dieser Rekurs bei der Regierung.

Aus den Erwägungen:

9. In den vorstehenden Erwägungen wurden die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Geländesenke, auch unter Berücksichtigung der (vorab) vermögensrechtlichen Interessen des Rekurrenten, bejaht. Es fragt sich jedoch, ob sich die Anordnung der Wiederherstellung tatsächlich nur an den Rekurrenten zu richten hat oder ob die Folgen der unrechtmässigen Auffüllung nicht auch von Dritten, insbesondere der S. AG, zu tragen sind.

a) Wie das Bundesgericht im Urteil 1A.51/2005 vom 29. November 2005 ausführt, sind nach den allgemeinen Grundsätzen über die Behebung eines polizeiwidrigen Zustands die hierfür erforderlichen Massnahmen grundsätzlich gegen den Störer zu richten. An den Begriff des Störers wird auch angeknüpft, wenn zu bestimmen ist, wer die Kosten für Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen hat. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Störer derjenige, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltensstörer), zusätzlich aber auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer). Bei einer Mehrzahl von Störern kann die Pflicht zur Störungsbeseitigung alternativ oder kumulativ jedem Verhaltens- oder Zustandsstörer auferlegt werden, wobei der zuständigen Behörde bei der Auswahl des Pflichtigen ein gewisser Ermessensspielraum zusteht. Dem Gesichtspunkt der Dringlichkeit bzw. Nichtdringlichkeit der Störungsbeseitigung kommt dabei erhebliche Bedeutung zu. Ist die Wiederherstellung der Ordnung nicht besonders dringlich, so kann eine differenzierte Beseitigungsregelung getroffen werden, die nicht oder nicht ausschliesslich vom Bedürfnis nach raschem und wirksamem Handeln bestimmt wird. Im Urteil des Bundesge-

richtes 1A.67/1997 vom 26. Februar 1998 (URP 1998 S. 152 ff.) wird für diesen Fall ausgeführt, dass jener Störer zu belangen ist, dem die polizeiliche Inanspruchnahme am ehesten zuzumuten ist, wobei die vom Bundesgericht zur Kostenverteilung nach antizipierter Ersatzvornahme entwickelten Grundsätze heranzuziehen sind. Entsprechend seien die Kosten von Schutzmassnahmen nach möglichst genauer Klärung des Hergangs auf die verschiedenen Verursacher nach analogen Grundsätzen zu verteilen, wie sie für das Innenverhältnis im privaten Haftpflichtrecht gelten. Bei der Kostenaufgabe sei zu berücksichtigen, aus welchem Grund der Verursacher zur Mitverantwortung herangezogen wird (Zustands- oder Verhaltensstörer) und welches Gewicht seiner Verursachung zukommt; dabei sei in erster Linie der schuldhafteste Verhaltensstörer heranzuziehen. Daneben dürfen auch Billigkeitsgesichtspunkte beachtet und der wirtschaftlichen Interessenlage Rechnung getragen werden.

b) Das so genannte Störerprinzip dient einer sachgerechten Massnahmenanlassung. Es beschränkt sich auf die Frage, wer einen polizeilichen Eingriff zu dulden oder Massnahmen zur Erhaltung oder zur Wiederherstellung eines Zustands zu ergreifen hat. Das Verursacherprinzip sucht demgegenüber die massnahmebedingten Kosten sachgerecht zu verteilen und orientiert sich dabei am Begriff des Störers (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, § 54 N 17 ff., 29; M. Frick, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004, S. 58, 61 f.). Im Folgenden geht es lediglich um die Ermittlung der für den rechtswidrigen Zustand verantwortlichen Störer bzw. der notwendigen Adressaten der Wiederherstellungsverfügung. Die Frage nach der Anlastung der mit der Wiederherstellung verbundenen Kosten betrifft demgegenüber das Innenverhältnis der Störer zueinander und ist unter diesen vergleichsweise oder auf dem Weg des Zivilprozesses zu klären. Nur wenn es zu einer Ersatzvornahme kommen sollte, könnten die entsprechenden Kosten von der Politischen Gemeinde anteilmässig verteilt werden (Tschannen/Zimmerli, a. a. O., § 54 N 25 f.).

c) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 1. September 2005 nur den Rekurrenten zur Wiederherstellung verpflichtet. Dieser ist Grundeigentümer der von der unrechtmässigen Geländeaufschüttung betroffenen Parzelle und damit Zustandsstörer. Soweit er aktiv, das heisst wenigstens durch seine Zustimmung, als Auftraggeber oder im Rahmen der Planung, an der Auffüllung der Senke beteiligt war, gilt er auch als Verhaltensstörer. Gemäss eigener Aussage hat der Rekurrent der S. AG für das angelieferte Material weder etwas bezahlt noch von dieser eine Leistung erhalten. Daraus muss geschlossen werden, dass die Geländeauffüllung bzw. die Ablagerung des Bauaushubs auch in deren Interesse lag. Die S. AG ist damit keineswegs nur als (werkvertragliche) Hilfsperson des Rekurrenten, sondern vielmehr ebenfalls als selbstständige Verhaltensstörerin zu betrachten.

Wie bereits vorstehend ausgeführt, ist Bauabfall, sofern eine Verwendung zur Rekultivierung nicht möglich ist, zwecks endgültiger Lagerung grundsätzlich auf eine Inertstoffdeponie zu verbringen. Für die S. AG dürfte ohne Weiteres erkennbar

gewesen sein, dass es sich bei der ausserhalb der Bauzone liegenden Parzelle des Rekurrenten nicht um eine Deponie handelte. Des weitern darf vorausgesetzt werden, dass einem in der Baubranche tätigen Unternehmen die Bewilligungspflicht von Geländeänderungen bekannt ist. Ohnehin setzt aber die Verantwortlichkeit als Verhaltensstörerin gleich wie beim Zustandsstörer weder Schuldfähigkeit noch ein konkretes (privat- oder strafrechtliches) Verschulden voraus (Urteil des Bundesgerichtes 1A.51/2005 Erw. 4.2.1).

d) Zumindest auf Grund der vorliegenden Akten erscheinen der Rekurrent und die S. AG als gleichermassen und je selbstständig an der Geländeauffüllung beteiligte Störer. Die Geländeauffüllung dürfte dabei die Interessen beider Parteien – kostenlose oder zumindest günstige Entsorgung von Bauaushub auf der einen, Erleichterung der Bewirtschaftung auf der anderen Seite – erfüllt haben, dies jedenfalls dann, wenn die S. AG dem Rekurrenten tatsächlich keine oder eine gegenüber einer üblichen Deponiegebühr erheblich tiefere Entschädigung bezahlt oder dieser seinerseits für die Lieferung des Materials und die Durchführung der Aufschüttung keine adäquate Gegenleistung erbracht hat. Zeigt sich jedoch, dass an der Entstehung eines polizeiwidrigen Zustands wie vorliegend mehrere Beteiligte offensichtlich massgeblichen und unmittelbaren Anteil hatten, so ist zumindest in Fällen ohne Dringlichkeit zu prüfen, ob die Pflicht zur Beseitigung beziehungsweise Wiederherstellung nebst einem allfälligen Baugesuchsteller nicht auch weitere Beteiligte treffen sollte. Die Vorinstanz hat den Miteinbezug der S. AG in das Verfahren als Verhaltensstörerin offenbar nicht einmal erwogen und somit den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht ausgeschöpft. Insofern liegt eine Ermessensunterschreitung vor (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2002, 4. Aufl., N 470 f.).

e) Ein Einbezug der S. AG in das Verfahren rechtfertigt sich vorliegend auch unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit. So ist nicht zu übersehen, dass die Kosten der Wiederherstellung, auch wenn sie im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit nicht ausschlaggebend sind, für den Rekurrenten allein eine sehr grosse finanzielle Belastung darstellen. Für allfällige Rückforderungen gegenüber der S. AG wäre er grundsätzlich auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen. Die S. AG ist aber, da Verhaltensstörerin, auch als Verursacherin zu qualifizieren (vgl. M. Frick, a. a. O., S. 65) und somit in Bezug auf die Wiederherstellung aus verwaltungsrechtlicher Sicht zumindest beschränkt kostenpflichtig. Die Deponiegebühr sowie die Kosten des Transports zur Deponie hätten sodann bei einer vorschriftsgemässen Entsorgung nach Art. 32 USG ohnehin die Abfallinhaber, das heisst die S. AG beziehungsweise die für den Aushub verantwortlichen Bauherren tragen müssen, weshalb es sich auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt, die erstere bereits in das verwaltungsrechtliche Verfahren zur Wiederherstellung miteinzubeziehen. Als Transport- und Bauunternehmerin, welche bereits die Auffüllung ausgeführt hat, erscheint sie zudem auch mit Blick auf die praktische Ausführung des Rückbaus zweifellos als besonders geeignet. Schliesslich dürfte auch die politische Gemein-

de ein Interesse daran haben, dass die Pflicht zur Wiederherstellung sich nicht nur an den Rekurrenten richtet und die Weiterführung des Landwirtschaftsbetriebs, soweit sie aus finanziellen Gründen bedroht sein sollte, nach Möglichkeit gesichert bleibt.

f) Der Rekurrent hat die Unverhältnismässigkeit der Wiederherstellungsverfügung geltend gemacht und deren Aufhebung beantragt, sich aber nicht explizit auf eine Ermessensunterschreitung berufen. Als Rechtsverletzung unterliegt diese grundsätzlich dem Rügeprinzip. Es gilt jedoch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Auch eine nicht geltend gemachte Rechtsverletzung kann geprüft werden, wenn sie eindeutig ist oder wenn erhebliche öffentliche oder auch private Interessen betroffen sind (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, N 653 f., 743; Tschannen/Zimmerli, a. a. O., § 26 N 15, 23). Dies ist vorliegend der Fall; wie ausgeführt berührt der Entscheid über die Wiederherstellung der Geländesenke sowohl massgebliche öffentliche Interessen als auch das private Interesse des Rekurrenten.

g) Die S. AG war am vorliegenden Rekursverfahren nicht beteiligt. Die Sache ist deshalb gestützt auf Art. 56 Abs. 2 VRP zur Abklärung der Verantwortlichkeit und der subjektiven Wiederherstellungspflicht der S. AG sowie zur allfälligen entsprechenden Ergänzung von Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen. Allenfalls ist der Rekurrent als Grundeigentümer zu verpflichten, von der S. AG im Zusammenhang mit dem Rückbau notwendigerweise zu treffende Massnahmen zu dulden.

Ergebnis:

Die Geländeauffüllung beziehungsweise Aushubdeponie erwies sich als formell und materiell rechtswidrig. Da die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen auch verhältnismässig waren, musste der dagegen erhobene Rekurs abgewiesen werden. Dennoch wurde die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese den Einbezug des mitverantwortlichen Transportunternehmens prüfen konnte.

7. Gebäudeversicherung

127

Art. 31 Ziff. 3 GVG (sGS 873.1). Die Überalterung eines Foliendaches kann «wesentliche andere Ursache» im Sinne von Art. 31 Ziff. 3 GVG sein. Muss eine Dachfolie nach einem Hagelzug komplett ersetzt werden, kommt dem versicherten Ereignis «Hagel» als Ursache für den Totalersatz nur untergeordnete Ursachenwirkung zu, wenn die Folie überaltert war.

Verwaltungskommission der Gebäudeversicherungsanstalt, 1. März 2006

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 31 Ziff. 3 GVG erbringt die GVA Versicherungsleistungen, wenn Gebäudeschäden u. a. durch Hagel entstanden sind. Strittig ist vorliegend, ob es sich beim Schaden des Foliendaches des Gewerbehuses XX in Y, der nach einem Hagelereignis entdeckt wurde, doch nicht um einen versicherten Gebäudeschaden handelt.

a) Der Aufzählung der versicherten Ereignisse in Art. 31 Ziff. 3 GVG findet sich beigefügt: «ausgenommen sind Schäden, die im Wesentlichen auf andere Ursachen zurückgehen». Konkretisierend führt Art. 47 Abs. 2 GVV aus, dass insbesondere Schäden nicht vergütet werden, die auf fortgesetztes Einwirken zurückgehen oder die nicht auf eine plötzliche, aussergewöhnlich heftige Einwirkung zurückzuführen sind. Dabei muss dieser letztere Satzteil so verstanden werden, dass Schäden, die nicht überwiegend bzw. im Wesentlichen auf eine plötzliche, aussergewöhnlich heftige Einwirkung zurückzuführen sind, nicht vergütet werden.

Ein Schaden gilt nur dann als durch ein Elementarereignis verursacht, wenn zwischen Ursache und Erfolg ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Ein solcher ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn das Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges somit durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (VerwGE vom 22. Januar 2002 i. S. W. K. GmbH, B 2002/67, S. 9 mit weiteren Hinweisen). Der adäquate Kausalzusammenhang ist nicht gegeben, wenn ein Verhalten (Ereignis) nicht geeignet ist, zum fraglichen Ergebnis zu führen (Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 OR N 130). Sodann wird praxismässig von Unterbrechung des Kausalzusammenhanges gesprochen, wenn eine neue (andere) Ursache rechtlich die bisherige abgelöst hat (Brehm, a. a. O., N 132), mithin eine Ursache so stark in den Vordergrund tritt, dass sie die andere geradezu verdrängt, diese so nicht mehr rechtserheblich ist.

Der adäquate Kausalzusammenhang ermöglicht die rechtliche Zuordnung eines erlittenen Schadens zu einem bestimmten (eben den Schaden verursachenden) Ereignis (Schadenereignis). Er ist Haftungsvoraussetzung bei unerlaubter Handlung

nach dem Schweizerischen Obligationenrecht (SR 220; abgekürzt OR) und erlaubt dort überdies die Feststellung, ob der bestimmte Erfolg einer (natürlichen oder juristischen) Person, die ihn verursacht hat, zugerechnet werden kann. Die Beifügung in Art. 31 Ziff. 3 GVG wäre unnötig, wenn bloss die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht werden wollte, nur Schäden, die durch ein versichertes Ereignis adäquat-kausal herbeigeführt worden seien, würden von der Versicherungsdeckung erfasst. Vielmehr regelt die Beifügung in Art. 31 Ziff. 3 GVG daher in erster Linie das Verhältnis beim Vorliegen von mehreren Ursachen, die alle adäquat-kausal für den Schaden sein können (Mitursachen, Teilursachen, konkurrierende Schadenursachen; vgl. Brehm, a. a. O., N 125, 128, 132 sowie BGE 117 V 360 Erw. 4b). Wenn Art. 31 Ziff. 3 GVG letzter Satz von «wesentlichen Ursachen» spricht, bedeutet dies daher gerade nicht, die hinzutretende Ursache müsse den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechen, um das Tatbestandsmerkmal der Wesentlichkeit zu erfüllen. Vielmehr kann eine (andere) Ursache, obwohl ihre Intensität für eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges (noch) nicht ausreicht, trotzdem wesentlich im Sinne von Art. 31 Ziff. 3 GVG für den eingetretenen Schaden sein, was die Rekurrentin verkennt (Rekursschrift S. 11).

Das eben Dargelegte ergibt sich auch aus Art. 47 GVV, welcher festlegt, dass je nach dem, ob das Elementarereignis oder ein anderes Ereignis *überwiegend* für den Schaden verantwortlich ist, die volle Versicherungsleistung erbracht wird oder nicht. «Überwiegend» ist mathematisch in Prozentzahlen ausgedrückt bereits 51 Prozent. Geht also ein Schaden zu mindestens 51 Prozent auf ein versichertes Ereignis zurück, wäre nach diesem mathematischen Verständnis die Versicherungsleistung vollumfänglich zu erbringen, bei nur 49 Prozent hingegen nicht. (Die Praxis der Versicherungen dürfte allerdings etwas weniger streng sein.) Bei diesem knappsten Verhältnis der verschiedenen Ursachen zueinander von 51 Prozent zu 49 Prozent (oder umgekehrt) kann aber mit Sicherheit nicht von einer Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges durch eine der beiden Ursachen gesprochen werden. Vielmehr müssen diesfalls die beiden Ursachen als je adäquat-kausal mitwirkende Teilursachen betrachtet werden. Damit kann eben auch eine den adäquaten Kausalzusammenhang nicht unterbrechende Ursache wesentlich im Sinne von Art. 31 Ziff. 3 letzter Satzteil GVG sein, was die Rekurrentin übersieht. Sie interpretiert dabei auch die Auslegung dieser Bestimmung durch die Vorinstanz falsch (...), wenn sie dieser das Verständnis unterstellt, für die Anwendbarkeit von Art. 31 Ziff. 3 letzter Satzteil GVG müsse die Kausalkette unterbrochen sein. Denn wäre das versicherte Ereignis (Hagel) in keiner Weise adäquat-kausal für den Schaden, könnte ja sowieso schon von vornherein die Versicherung nicht in Anspruch genommen werden und bräuchte es Art. 31 Abs. 3 letzter Satzteil GVG gerade nicht. Vielmehr ist diese Bestimmung durchaus – wie die Rekurrentin vorträgt – im «quantitativen Sinne» zu verstehen, nämlich – wie dargelegt – in der quantitativen Schadensursachenbemessung. Beim Zusammentreffen mehrerer Teilursachen, die alle für den Schaden adäquat-kausal sind, ist keine Versicherungsleistung geschul-

det, wenn die Ursache, die das versicherte Ereignis gesetzt hat, gegenüber den anderen für den Schaden mitkausalen Ursachen nur untergeordnet ist.

In dem von der Rekurrentin gezogenen Vergleich (..), in welchem Hagel einige Löcher verursacht zugleich aber Vandalen in viel grösserem Ausmass die funktions-taugliche Folie zerschnitten haben, hätte die Versicherung die Reparaturkosten der durch den Hagel verursachten Löcher zu ersetzen, auch wenn diese im Vergleich zum durch Vandalen verursachten Schaden klein wären, nicht aber die Kosten der Vandalenschadenreparatur. Ersteres wäre nämlich ein Schaden aus einem versicherten Ereignis, zweites aber nicht. Art. 31 Ziff. 3 zweiter Satzteil GVG würde gerade nicht erlauben, die Versicherungsleistung nicht zu erbringen, weil der durch Hagel verursachte Schaden «im Quantitativ», also im Verhältnis zum gesamten Schaden, klein ist, falls die Rekurrentin auch noch solches meinen sollte. Haben aber Vandalen die Folie gerade vor dem Einsetzen des Hagels in der Weise beschädigt, dass sie nur noch unbedeutend mechanischen Widerstand zu leisten vermochte, als der Hagel niederfiel, dann eben kommt Art. 31 Ziff. 3 letzter Satzteil GVG zur Anwendung, weil «im Quantitativ» der beiden Schadensursachen der Hagel bloss noch von untergeordneter, nicht mehr wesentlicher (Schadensverursachungs-)Bedeutung ist. Wieso aber ein Unterschied darin bestehen soll, ob die mechanische Funktionstauglichkeit der Folie durch Beschädigung seitens Vandalen oder durch hohen Weichmacherverlust aufgrund der fortgeschrittenen Alterung weitgehend herabgesetzt wurde, ist nicht ersichtlich.

b) Die Rekurrentin trägt vor, die Vorinstanz vermische die Bestimmungen von Art. 31 Ziff. 3 sowie Art. 33 GVG. Sie begründe die Leistungsverweigerung mit der Funktionsuntauglichkeit bzw. dem «schlechten Zustand» der Dachfolie und werfe damit der Rekurrentin implizit vor, die Dachfolie in Verletzung der Schadenverhütungspflicht nicht ersetzt zu haben. Ein solcher Vorwurf falle unter Art. 33 GVG und eben nicht unter Art. 31 Ziff. 3 GVG. Damit vermischt die Rekurrentin aber selbst die Frage nach der Verweigerung oder Kürzung von Versicherungsleistungen wegen Selbstverschuldens nach Art. 33 GVG mit der Frage, ob überhaupt eine Versicherungsleistung geschuldet ist.

Art. 20 Abs. 2 GVG verhält als Schadenverhütungspflicht den Versicherungsnehmer zu ordnungsgemässen (Gebäude-)Unterhalt, dessen Unterlassung gegebenenfalls zu einer Kürzung der Versicherungsleistung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 Ziff. 1 GVG führen kann. Im Entwurf zum GVG von 1960 (ABI 1959 1042) wird denn auch der ordnungsgemässe Unterhalt sogar explizit im damaligen Kürzungsartikel genannt. Bevor sich aber die Frage nach der Kürzung stellt, ist zu klären, ob eine Versicherungsleistung überhaupt geschuldet ist. Diese Prüfung findet – in Fällen wie dem vorliegenden – gestützt auf Art. 31 Ziff. 3 GVG in Verb. mit Art. 47 GVV statt. Mangelnder Unterhalt führt nun dazu, dass das Gebäude (bzw. Teile davon) schneller altert und somit schneller in seiner Funktionsfähigkeit herabgesetzt wird, bildet aber noch nicht einfach die Ursache eines Schadens. Die Unterlassung des Unterhalts kann aber irgendwann zur Funktionsunfähigkeit des Gebäudeteiles führen, ge-

nau gleich wie auch die Abnutzung durch bestimmungsgemässen Gebrauch irgendwann einmal zur Funktionsuntauglichkeit eines Gebäudeteils, mithin zum Überschreiten dessen Lebensdauer führen wird. Diesfalls stellt sich die Frage nach dem Grund der mangelnden Funktionsfähigkeit *gerade aber nicht* mehr und muss darüber auch nicht befunden werden, wenn die Versicherung keine Leistung schuldet, weil die Hauptursache des Schadens eben die fehlende Funktionalität und das versicherte Ereignis (keine oder) nur noch Nebenursache der Schädigung war oder der angebliche Schaden nur vom bestimmungsgemässen Gebrauch herrührt. Insbesondere wird dabei gerade nicht an einem Verschulden des Versicherten angeknüpft, wie die Rekurrentin behauptet, und geht sie so mit ihrem Vorbringen fehl, die Behauptung des schlechten Zustands der Folie seitens der Vorinstanz sei nichts anderes als ein Verschuldensvorwurf im Sinne von Art. 33 GVG, weil diesfalls einfach vorgetragen werde, die Folie hätte früher ersetzt werden müssen. Vielmehr ist es gerade umgekehrt. Der Versicherte der so argumentiert, will für einen beschädigten Gegenstand (Dachfolie), für den zu Recht nach Gesetz keine Versicherungsdeckung besteht, unter dem Titel der Leistungskürzung doch noch eine Versicherungsleistung erreichen. Es entspricht aber eben gerade nicht dem Gesetzessinn, dass ein Versicherter mit dem Ersatz seines ganz oder nahezu funktionsuntüchtigen Foliendaches einfach solange zuwarten kann, bis ein versichertes Ereignis eine Beschädigung bewirkt (und aufgrund der mangelhaften Funktions-tauglichkeit auch bewirken muss), um dann auf Kosten der solidarischen Versicherungsgemeinschaft ein neues Dach ganz oder zu einem Teil ersetzt zu bekommen. Ebenso wenig zulässig kann es sein, ein reparierbares Foliendach einfach vollständig zu ersetzen, um sich so eine in naher Zukunft doch notwendige Neuerrichtung vorweg auf Kosten der Versicherungsgemeinschaft finanzieren zu lassen. Diese Darlegungen zeigen, dass sich nicht die Frage nach einem Verschulden an der Funktionsuntauglichkeit stellt, sondern der gesetzgeberische Wille ist, in Fällen, in denen dem versicherten Ereignis für die Schadensentstehung nur eine untergeordnete Ursachenwirkung zukommt, keine Versicherungsdeckung zu bieten. Anders stellt sich die Frage, wenn ein an sich funktionstauglicher Gebäudebestandteil durch ein versichertes Ereignis beschädigt wird, weil die Funktionstauglichkeit z. B. durch eine unglückliche Fehlmanipulation des Versicherten beeinträchtigt worden ist (vgl. GVP 2003 Nr. 42).

c) Die Rekurrentin macht geltend, das Gebäude sei im Mai 2001 neu eingeschätzt worden. Dabei sei nicht auf die mangelnde Funktionalität der Dachfolie hingewiesen worden. Hingegen habe sie in der Folge für das zum Neuwert versicherte Objekt eine erheblich höhere Jahresprämie (Minderwertzuschlag) bezahlen müssen. Es sei treuwidrig, eine höhere Prämie einzukassieren, sich dann aber der Neuwertversicherung durch Ausschluss von der Versicherung wegen Funktionsuntauglichkeit zu entschlagen.

Vorerst ist festzuhalten – wie auch das Verwaltungsgericht verschiedentlich entschieden hat (vgl. z. B. Urteil vom 11. Dezember 2003, B 2003/172) –, dass im

Schätzverfahren der Neuwert, der Zeitwert und der Verkehrswert des versicherten Gebäudes festzustellen sind und dabei die Schätzung sich auf das Grundsätzliche zu beschränken hat. Den Gebäudeschätzer, der keineswegs bezüglich sämtlicher denkbaren Bauvorgänge Fachmann ist, trifft keine Pflicht zur Nachforschung nach nicht offensichtlichen (versteckten) Mängeln und Beantragung des Ausschlusses solcher Gebäudeteile von der Versicherung. Mit ihrer Argumentation vermengt die Rekurrentin denn wiederum zwei unterschiedliche Fragestellungen: Wäre vorliegend das Gebäude bis auf die Grundmauern abgebrannt, hätte die Rekurrentin gemäss Art. 57 Abs. 1 GVG bei Wiederaufbau innert dreier Jahre zum bisherigen Zweck die Wiederherstellungskosten ersetzt erhalten, und es wäre kein Abzug von der Versicherungsleistung wegen der Mangelhaftigkeit der Dachfolie erfolgt. Ein solcher Abzug wäre nämlich dann ein «Einbruch» in die Neuwertversicherung (Ersatz der Wiederherstellungskosten), da diesfalls der Zeitwert und nicht die Wiederherstellungskosten des einzelnen Gebäudeteils der Versicherungsleistung zugrunde gelegt würde. Vorliegend aber geht es um die Fragestellung, ob aufgrund eines an sich versicherten Ereignisses, welches nicht Hauptursache für den geltend gemachten Schaden an einem Gebäudebestandteil war, überhaupt Versicherungsdeckung besteht. Mit der gleichen Argumentation könnte die Rekurrentin auch vortragen, dass ein Gebäudeschaden aus einem Kanalisationsrückstau aufgrund hohen Wasserstandes zu einer Versicherungsleistung führen müsse, da Hochwasser ein versichertes Ereignis sei, sie hierfür Prämie bezahlt und die Versicherung diese einkassiert habe.

...

3. Vorliegend handelt es sich um ein (xxxx-)Foliendach, welches, nach Angabe der Rekurrentin (...) 24 Jahre alt war. Unbestritten ist, dass nach einem Hagelgewitter Beschädigungen der Dachfolie der Vorinstanz gemeldet worden sind.

a) Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210, abgekürzt ZGB) sieht vor, dass derjenige, welcher ein Recht behauptet, die Sachumstände zu beweisen hat, die nach dem massgebenden Rechtssatz diese Rechtsfolgen erzeugen. Dieser Grundsatz gilt im Privatversicherungsrecht. Demnach sind Personen, die gegenüber einem Versicherer einen Versicherungsanspruch erheben, im Sinne von Art. 8 ZGB bezüglich der Frage, ob ein Versicherungsfall eingetreten ist, grundsätzlich behauptungs- und beweispflichtig bzw. trägt der Versicherte die Rechtsfolge der Unbewiesenheit, der Beweislosigkeit. Behauptet der Versicherer indessen eine die Leistungspflicht ausschliessende oder herabsetzende Tatsache, ist es an ihm, diese zu beweisen. Diese Beweislastverteilung gilt auch im öffentlichen Gebäudeversicherungsrecht, namentlich bei der Anwendung von Art. 31 Ziff. 3 GVG (vgl. GVP 2003 Nr. 42, S. 125 mit weiteren Hinweisen).

Aus beweisrechtlicher Sicht trägt nach dem eben Ausgeführten die Rekurrentin die Beweislast lediglich für den Schaden und das versicherte Ereignis. An sich müsste sie zusätzlich beweisen – weil sie daraus Rechte ableitet –, dass der Schaden auf das versicherte Ereignis tatsächlich auch zurückgeht. Es ist aber im Ver-

sicherungsrecht anerkannt, dass der Versicherte diesen adäquaten Kausalzusammenhang in Fällen, in denen ein absoluter Nachweis unmöglich erscheint, nur in Form eines «*prima-facies-Beweises*» führen muss und dieser als geleistet zu betrachten ist, *wenn das (vom Versicherten nachgewiesene) versicherte Ereignis nach Indizien oder allgemeiner Lebenserfahrung zu diesem Schaden geführt haben kann* (vgl. Kuhn, Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, in: SJZ 1998, S. 163). Es ist dann Sache der Versicherung, den Gegenbeweis zu leisten. Bezogen auf Art. 31 Ziff. 3 GVG bedeutet das, dass der Vorinstanz der Beweis obliegt bzw. sie die Beweislast für diese Behauptung zu tragen hat, das versicherte Ereignis, vorliegend der Hagel, sei gerade nicht *im überwiegenden Masse* wesentlich für den Schaden.

b) Dass Foliendächer der früheren Generation – inwieweit dies auch für heutige Modelle gilt, kann hier offen bleiben –, insbesondere infolge des Weichmacherverlustes, mit zunehmendem Alter spröde werden, so an Funktionstüchtigkeit immer mehr verlieren und deswegen durch mechanische Einflüsse immer leichter beschädigt werden können, ist geradezu schon allgemein bekannt. Zu beachten dabei ist, dass ohne mechanische Einwirkung, z. B. bei blossen Regenfällen, eine Folie trotzdem noch ihre Wasserundurchlässigkeit, was ihr eigentlicher Zweck darstellt, für längere Zeit beibehalten kann. Doch ist sie deswegen nicht einfach voll funktions-tauglich, wie die Rekurrentin offenbar glaubt, da eine Dachfolie eben *auch mechanischen Einflüssen*, wie bspw. dem Niederfallen eines Astes von einem Baum oder eben Hagel, in gewissem Umfang widerstehen können muss (vor Markteinführung neuer Folien wird gerade auch darauf geprüft), und eine Beschädigung der Folie durch solche Einflüsse dann eben erst zum Eindringen von Wasser führen kann.

In den letzten Jahren hatte die Verwaltungskommission über eine grössere Zahl von Rekursen gegen die Verweigerung von Versicherungsleistungen bei Schäden an Foliendächern nach einem Hagelgewitter zu entscheiden. Kein Foliendach mit Alter von mehr als 20 Jahren war in vorstehend ausgeführtem Sinne noch funktionstauglich. Darunter war ebenfalls ein Nacktdach, vergleichbar mit demjenigen der Rekurrentin. Diese selbst verweist auch darauf, dass der zur Besichtigung des Schadenobjektes beigezogene Experte gegenüber ihrem Geschäftsführer gesagt habe (...), über 15-jährige Foliendächer seien *gewöhnlich* nicht mehr funktionstauglich. Sogar nach der Rekurrentin selbst (...) beträgt die durchschnittliche Lebensdauer solcher Folien 20–30 Jahre und ist damit die untere Grenze von der 24-jährigen Folie jedenfalls eindeutig überschritten, selbst wenn die Rekurrentin noch anmerkt, ein Nacktfoliendach würde gegenüber mit Kies bedeckten Folien länger halten. (Für Letztere dürfte jedenfalls die «untere Grenze» gerade eben schon mit 15 Jahren etwa erreicht sein.) Damit alleine zeigt sich schon, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung die 24-jährige Folie der Rekurrentin nicht mehr funktionstauglich war und erheblicheren mechanischen Belastungen nicht mehr standhalten konnte.

...

Zusammenfassend ergibt sich, dass die wesentliche Ursache (Hauptursache) des Schadens an der Dachfolie der Rekurrentin, bestehend in den Kosten eines Totalersatzes, nicht der Hagelschlag, sondern die durch die Alterung der Dachfolie bewirkte weit fortgeschrittene Funktionsuntauglichkeit gegenüber mechanischen Einflüssen war. Diese Feststellung ergibt sich aus den von den Fachpersonen der GVA kurze Zeit nach dem Schadenfall festgehaltenen Verhältnissen, die durch den beigezogenen Experten aufgrund seiner anlässlich der durchgeführten Besichtigung gemachten Beobachtungen und erlangten Erkenntnisse bestätigt wurden. Dessen Berichtsgabe ist entgegen der Rekurrentin nicht aus dem Recht zu weisen, sondern sie ist nur, aber immerhin, als Auskunft einer fachkundigen Person beachtlich. Die Vorinstanz hat daher zu Recht gestützt auf Art. 31 Ziff. 3 letzter Satz GVG die Erbringung von Versicherungsleistungen verweigert.