

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

91

Art. 19 und Art. 62 BV (SR 101), Art. 3bis SoG (sGS 213.95), Art. 38 VSG (sGS 213.1). Aus der Verpflichtung der Kantone, für ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen, folgt nicht, dass Kinder im schulpflichtigen Alter einen genügenden und unentgeltlichen Unterricht an einem beliebigen Ort beanspruchen können. Der Unterricht hat nur an öffentlichen Schulen unentgeltlich zu sein. Auch behinderte Kinder haben keinen Anspruch darauf, in einer beliebigen Privatschule mit Hilfe von staatlichen Schulbeiträgen unentgeltlich beschult zu werden.

Bildungsdepartement, 13. August 2009

Aus den Erwägungen:

4. a) Aus der Verpflichtung von Art. 19 i.V.m. Art. 62 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt 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 (Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich / St.Gallen 2008, Kommentar zu Art. 62 BV, Rz 32 ff.). Art. 62 Abs. 2 BV hält ausdrücklich fest, dass der Unterricht nur an öffentlichen Schulen unentgeltlich zu sein hat.

Dem Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht ist Genüge getan, wenn der Staat bereit ist, ein aus einer Privatschule «zurückkehrendes» Kind jederzeit wieder in den unentgeltlichen öffentlichen Unterricht aufzunehmen. 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.

b) Die Beschulung von Sonderschülerinnen und Sonderschülern erfolgt grundsätzlich in staatlich anerkannten privaten Sonderschulen. Sie ist dort – abgesehen von pauschalen Betreuungs- und Verpflegungskostenbeiträgen – unentgeltlich. Anerkannte Sonderschulen erhalten Bau- und Betriebsbeiträge (Pauschalbetrag von Fr. 21 000.– durch die Gemeinde und Restdefizitdeckung durch den Kanton). In den anerkannten Sonderschulen ist der unentgeltliche Grundschulunterricht für Kinder und Jugendliche mit einer Behinderung (Art. 62 Abs. 3 BV) gewährleistet.

c) Auch behinderte Kinder haben keinen Anspruch darauf, in einer beliebigen Privatschule mit Hilfe von staatlichen Schulbeiträgen unentgeltlich beschult zu werden (vgl. vorstehend Bst. a). Vor diesem Hintergrund sieht einerseits Art. 3bis Abs. 1 SoG vor, dass der Kanton unter dem Titel «Sonderschulung im Einzelfall» anderen privaten Schulträgern (als den anerkannten Sonderschulen) Beiträge gewähren *kann*, nicht aber muss. Andererseits sind die möglichen Beiträge an eine Sonderschulung im Einzelfall in Art. 32ter SoV abschliessend festgehalten.

An eine Sonderschulung im Einzelfall werden gemäss Art. 32ter SoV ausgerichtet:

- von der Schulgemeinde an den Kanton ein Beitrag im Umfang der durchschnittlichen Kosten für einen Schüler der Kleinklasse (derzeit Fr. 21 000.– pro Schuljahr);
- vom Kanton an den Träger der Sonderschulung im Einzelfall ein Schulgeldbeitrag nach Art. 8bis der Verordnung über die Invalidenversicherung (in der Fassung vor dem Bundesgesetz über die Schaffung und Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen [NFA] vom 6. Oktober 2006; SR 831.201, nachfolgend IVV), ein Kostgeldbeitrag nach Art. 8ter IVV und ein zusätzlicher Beitrag von Fr. 6000.–.

Der Staatsbeitrag gemäss Art. 32ter SoV beträgt zurzeit maximal Fr. 16 200.– pro Schuljahr und setzt sich wie folgt zusammen: Schulgeldbeitrag von Fr. 44.– je Schultag, maximal Fr. 8800.– je Schuljahr, Kostgeldbeitrag von Fr. 7.– je Schultag, maximal Fr. 1400.– je Schuljahr und einem Zusatzbeitrag von Fr. 6000.– je Schuljahr. Das über die in Art. 32ter SoV vorgesehenen Beiträge hinausgehende Schulgeld ist bei einer Sonderschulung im Einzelfall von den Eltern zu tragen.

d) Gemäss Art. 38 Abs. 1 VSG sorgen die Eltern in Zusammenarbeit mit dem Schulrat für die Sonderschulung, d. h. für die Platzierung ihres Kindes, für welches der Schulrat rechtskräftig die Sonderschulung angeordnet hat, in einer anerkannten Sonderschule. Kommen die Eltern dieser Pflicht nicht oder nicht rechtzeitig nach, kann der Schulrat im Falle einer externen Sonderschulung gestützt auf das öffentliche Schulrecht den Schulbesuch nötigenfalls einseitig durchsetzen. Die Anordnung des externen Besuchs einer Sonderschule ist insoweit mit der Anordnung des Besuchs einer Kleinklasse vergleichbar (vgl. Jürg Raschle, Schulrecht der Volksschule im Kanton St. Gallen, 2. Auflage, Rorschach 2008, S. 154 f.).

Aus der Pflicht der Eltern, zusammen mit dem Schulrat für die Sonderschulung zu sorgen, erwächst kein Anspruch auf Übernahme des gesamten Schulgeldes für

den Besuch einer Privatschule, die nicht generell als Sonderschule anerkannt ist (vgl. vorstehend Ziff. 4 Bst. d).

2. Erziehung und Bildung

92

Art. 2 und 3 StipG (sGS 211.5), Art. 9 StipV (sGS 211.51). Stipendien werden in der Regel nur für Erstausbildungen gewährt. Ausnahmsweise können für Zweitausbildungen Stipendien ausgerichtet werden. Bei einem Hochschulstudium besteht nur Anspruch auf Stipendien bis längstens zum ersten Masterabschluss, unabhängig davon, ob dieser an einer universitären Hochschule oder einer Fachhochschule erlangt wird.

Bildungsdepartement, 27. Januar 2009

Sachverhalt:

A. studierte nach der kaufmännischen Berufslehre und der einjährigen Vollzeitausbildung zur Erlangung der Berufsmaturität Betriebsökonomie an der Fachhochschule St.Gallen. Das Fachhochschulstudium schloss er mit einem Bachelor in Betriebsökonomie ab. Für das Fachhochschulstudium – wie auch schon für die kaufmännische Berufslehre und den Besuch der Berufsmaturitätsschule – wurden A. Stipendien ausgerichtet. Nach Abschluss seines Fachhochschulstudiums reichte A. ein weiteres Stipendiengesuch für ein Studium der Volkswirtschaftslehre an der Universität St.Gallen ein. Er machte im Wesentlichen geltend, für einen Zugang zu interessanten Arbeitsstellen, insbesondere im internationalen Bereich, sei ein Masterstudium auf Universitätsstufe unabdingbar. Es bestehe somit eine klare Zweiklassengesellschaft zwischen Fachhochschul- und Universitätsabgängern.

Aus den Erwägungen:

2. a) Stipendien werden in der Regel nur an eine Erstausbildung gewährt. Als Erstausbildung zählen die erste Berufsausbildung oder der Besuch einer Mittelschule im Anschluss an die Volksschule und das erste Hochschulstudium (Art. 2 StipG). Praxisgemäss sind sowohl das erste Bachelorstudium als auch das erste Masterstudium als Erstausbildung stipendienberechtigt. Das Gesetz unterscheidet bei der Anspruchsberechtigung nicht zwischen den verschiedenen Hochschultypen (Art. 2 StipG und Art. 1 Bst. c StipV). Es besteht somit grundsätzlich nur Anspruch auf Stipendien bis längstens zum ersten Masterabschluss, unabhängig davon, ob

dieser an einer universitären Hochschule oder einer Fachhochschule erlangt wird.

An eine Zweitausbildung und an Weiterbildungen werden nach Art. 3 Abs. 1 StipG in der Regel Studiendarlehen gewährt. Als Zweitausbildung gelten eine zweite Berufsausbildung oder der Besuch einer Mittelschule nach abgeschlossener erster Berufsausbildung sowie ein zweites Hochschulstudium (Art. 3 Abs. 2 Bst. a StipG).

b) Nach Grundsatz 3 der Vereinbarung über die Durchlässigkeit zwischen den Hochschultypen vom 5. November 2007 (nachfolgend Vereinbarung; abrufbar unter: <http://www.crus.ch/die-crus/koordiniertharmonisiert/regelungen-und-empfehlungen.html>) kann direkt in ein Masterstudium entsprechender fachlicher Ausrichtung eines anderen Hochschultyps aufgenommen werden, wer die Zulassungsvoraussetzungen für ein entsprechendes Masterstudium im gleichen Hochschultyp erfüllt und die nach dem Bachelorabschluss zusätzlich erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten mit Studienleistungen im Umfang von maximal 60 ECTS-Credits erwerben kann. Wenn Kenntnisse und Fähigkeiten von mehr als 60 ECTS-Credits fehlen, ist vor dem Eintritt ins Masterstudium ein einschlägiges Bachelorstudium des betreffenden Hochschultyps zu absolvieren (Grundsatz 4 der Vereinbarung). In der Konkordanzliste im Anhang zur Vereinbarung wird abschliessend aufgezählt, welche Übertritte von Bachelor- zu Masterstudiengängen verschiedener Hochschultypen bei entsprechender fachlicher Ausrichtung möglich sind. Gemäss Konkordanzliste ist mit einem FH-Bachelor in Betriebsökonomie der Übertritt in einen universitären Masterlehrgang in BWL, mangels der nötigen Vorkenntnisse aber nicht der Übertritt in einen entsprechenden Masterlehrgang in VWL möglich.

c) Der Rekurrent hat im August 2008 sein Bachelor-Studium der FHS St.Gallen abgeschlossen. Damit verfügt er bereits über einen ersten Abschluss auf der Tertiärstufe (Bachelor FH). Ebenfalls als Teil der stipendienberechtigten Erstausbildung im Sinne von Art. 2 StipG würde ein universitäres Masterstudium in BWL gelten, weil dieses – nach Erbringung von Ergänzungsleistungen von maximal 60 zusätzlichen ECTS-Credits – auf dem FH-Bachelor aufbaut. Soweit der Rekurrent geltend macht, es würden ab dem Studienjahr 2008/09 keine an der FHS erzielten Leistungen mehr angerechnet werden, kann ihm nicht gefolgt werden. Das Studium an der Universität St.Gallen umfasst bis Abschluss des Bachelors (inklusive Assessmentstudium) 180 Credits. Wie der Rekurrent selber festhält, hätte er bei einem Einstieg in einen Masterlehrgang in BWL Ergänzungsleistungen von 40–50 Credits zu erbringen. Ihm würden somit bei einem Eintritt in einen BWL-Masterstudiengang 130–140 Credits angerechnet. Hingegen ist der direkte Eintritt in einen universitären volkswirtschaftlichen Master-Studiengang mit einem FH-Bachelor in BWL nicht möglich, weil den Inhabern dieses Diploms für das Masterstudium vorausgesetzte Kenntnisse im Umfang von mehr als 60 ECTS-Credits fehlen (vgl. vorstehend Ziff. 2 Bst. b) und das Studium deshalb nicht direkt auf den FH-Bachelor aufbauen kann. Das vom Rekurrenten begonnene Bachelorstudium in VWL gilt vor diesem Hintergrund nicht als Teil des ersten Hochschulstudiums, sondern als

zweites Hochschulstudium (wovon im Übrigen grundsätzlich auch der Rekurrent ausgeht), das nach Art. 3 StipG grundsätzlich nicht stipendienberechtigt ist. An dieser grundsätzlichen Feststellung ändern die vom Rekurrenten vorgebrachten Argumente für ein Zweitstudium in VWL nichts.

3. a) Im Ausnahmefall können in Ergänzung oder an Stelle von Studiendarlehen für eine Zweitausbildung oder Weiterbildung Stipendien gewährt werden (Art. 3 Abs. 1 StipG). Die Ausnahmefälle werden in Art. 9 StipV konkretisiert. Danach können an eine Zweitausbildung unter anderem dann Stipendien gewährt werden, wenn eine zweite Berufsausbildung die erste Berufsausbildung ergänzt (Art. 9 Bst. b StipV). Mit dieser Bestimmung beabsichtigte der Verordnungsgeber, die Stipendierung von so genannten Zusatzlehren zu ermöglichen (Bericht des Erziehungsdepartementes vom 6. Mai 2003 zur Totalrevision der Vollzugsverordnung zum Stipendengesetz, Kommentar zu Art. 9 StipV). Darunter fallen beispielsweise die Ausbildungen eines Spenglers zum Sanitärinstallateur oder die Zusatzausbildungen Bäcker, Konditor und Confiseur. In Art. 9 Bst. b StipV ist sodann ausdrücklich nur von Berufsausbildungen und nicht auch von der Stipendierung eines zweiten Hochschulstudiums die Rede. Damit lässt sich aus Art. 9 StipV kein Anspruch auf ein Stipendium für ein zweites Hochschulstudium ableiten.

b) Selbst wenn Art. 9 Bst. b StipV auch auf ein zweites Hochschulstudium anwendbar wäre, könnte ein Bachelorstudium in VWL nicht als ergänzende Ausbildung zu einem Bachelorstudium in BWL beurteilt werden. Der Rekurrent selber bestätigt, dass der Bachelorlehrgang in VWL hinsichtlich der Pflicht- und Wahlpflichtfächer keine Schnittstellen bzw. vergleichbare Inhalte zu dem von ihm an der FHS absolvierten Bachelorstudiengang in Betriebsökonomie aufweist. Dies bestätigt auch die Tatsache, dass ein direkter Eintritt in einen volkswirtschaftlichen Masterstudiengang mit einem Bachelor FH in BWL aufgrund mangelnder Vorkenntnisse nicht möglich ist (Ziff. 2 Bst. b vorstehend). Mit Blick auf die offensichtlich grundlegend verschiedenen Lerninhalte kann das universitäre Studium in VWL nicht als fachähnliches Studium zum FH-Studium in BWL und damit auch nicht als Ergänzung im Sinne von Art. 9 Bst. b StipV betrachtet werden. Das Argument des Rekurrenten, das Studium in VWL sei eine sinnvolle Ergänzung zum FH-Studium in BWL, ist vor diesem Hintergrund stipendienrechtlich nicht stichhaltig.

c) Die vom Rekurrenten vorgebrachte Begründung, weshalb ein zweites Bachelorstudium in VWL zu stipendieren sei – insbesondere die mit einem Abschluss in VWL angeblich besseren Chancen auf dem Arbeitsmarkt, die Behauptung, dass ein Zweitstudium im Endeffekt nur ein Semester länger dauere als ein Masterabschluss in BWL sowie der Wunsch nach persönlicher Weiterentwicklung – vermögen keine Ausnahme nach Art. 3 StipG bzw. Art. 9 StipV zu rechtfertigen.

93

Art. 53bis VSG (sGS 213.1). Es besteht kein Anspruch auf den Besuch einer auswärtigen Schule für Hochbegabte, wenn das Kind an seinem Aufenthaltsort talententfaltend gefördert werden kann. Mithin besteht auch für den Besuch einer Schule für Hochbegabte im Sinne von Art. 53bis VSG keine freie Schulwahl.

Bildungsdepartement, 3. August 2009

Sachverhalt:

A. gehört dem Kader der Regionalauswahl eines ostschweizer Sportverbandes an und ist im Besitz einer Talents Card National der Swiss Olympic Association. Die Eltern beantragten der Stadt St.Gallen, die selber eine Talentschule im Bereich Sport führt, das Schulgeld für den Besuch der Sportschule Appenzellerland in Teufen durch A. zu übernehmen. Sie machten geltend, aufgrund der beruflichen Belastung beider Elternteile habe für A. an drei bis vier Tagen pro Woche eine Fremdbetreuung organisiert werden müssen, was in St.Gallen nicht möglich gewesen sei. Die Schulbehörden wiesen das Gesuch mit der Begründung ab, A. könne in St.Gallen talententfaltend gefördert werden. Im Rekursverfahren vor dem Bildungsdepartement machten die Eltern geltend, im Bereich der Hochbegabtenförderung müsse dasjenige Schulangebot Vorrang geniessen, welches geeignet sei, ein Talent umfassend zu fördern. A. könne an der Sportschule Appenzellerland besser bzw. umfassender gefördert werden als in St.Gallen, weil es gelungen sei, ein optimales schulisches und ausserschulisches Angebot zu schaffen. Bei korrekter Würdigung des gesamten Betreuungsangebotes könne A. ihre Talente an der Sportschule Appenzellerland ungleich gezielter und effizienter entfalten als in St.Gallen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Schülerinnen und Schüler haben grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo sie sich aufhalten (Art. 52 VSG). Der Schulrat kann den auswärtigen Schulbesuch gestatten oder anordnen, wenn besondere Gründe es rechtfertigen. In diesem Fall trägt die Schulgemeinde am Aufenthaltsort der Schülerin bzw. des Schülers das Schulgeld für den auswärtigen Schulbesuch (Art. 53 VSG). Mit dem auswärtigen Schulbesuch wird das Territorialitätsprinzip durchbrochen, welches die gebietskörperschaftliche Schulorganisation prägt. Die damit begründete Ausnahmesituation führt für den bewilligenden Schulträger zu einer erheblichen finanziellen Belastung, der keine nennenswerten Kosteneinsparungen gegenüberstehen. Besondere Gründe für einen auswärtigen Schulbesuch sind deshalb nicht leichtfertig anzunehmen (GVP 2006 Nr. 119).

b) Art. 53bis VSG regelt als Spezialfall des auswärtigen Schulbesuchs den Besuch einer Schule für Hochbegabte. Demnach gestattet der Schulrat den Besuch einer Schule für Hochbegabte, *wenn sich eine Hochbegabung in der öffentlichen Schule am Aufenthaltsort nicht entfalten kann*. Daraus ergibt sich e contrario, dass kein Anspruch auf den Besuch einer auswärtigen Schule für Hochbegabte besteht, wenn die betreffende Schülerin bzw. der betreffende Schüler an seinem Aufenthaltsort talententfaltend gefördert werden kann. In der Botschaft hat die Regierung sodann ausdrücklich festgehalten, dass zwar einerseits Talenten der Besuch eines adäquaten schulischen Angebots zu ermöglichen ist, andererseits aber kein «Talentschul-Tourismus» aufkommen soll (vgl. Botschaft zum IX. Nachtrag zum Volksschulgesetz, ABI 2006 S.171 ff., nachfolgend Botschaft, S.177). Mithin besteht auch für den Besuch einer Schule für Hochbegabte im Sinne von Art. 53bis VSG keine freie Schulwahl.

Bei der schulischen Begabtenförderung im Bereich Sport geht es primär darum, für Ausnahmetalente die schulischen Rahmenbedingungen für das private Training zu optimieren (Botschaft S.171 ff.). Dabei wird nicht der Unterricht an sich, sondern dessen Schnittstelle zum privaten Training tangiert. Es wird unterschieden zwischen der schulischen Förderung (Unterricht) und der Talentförderung (Training). Dabei bleibt der Unterricht die Kernaufgabe der Schule, wird aber von den Rahmenbedingungen her (Jahres-, Semester- und Stundenplan, Stoffvermittlung, Aufgabenplanung) in den Dienst des Trainings gestellt. Das Training obliegt den Jugendlichen und Eltern mit Unterstützung von Verbänden und vergleichbaren Organisationen (Botschaft, S.174).

4. Die Rekurrenten machen geltend, A. könne aufgrund des schulischen und auserschulischen Angebots an der Sportschule Appenzellerland besser bzw. umfassender gefördert werden als an der Talentschule am Aufenthaltsort, weshalb das Schulgeld vom Aufenthaltsort gestützt auf Art. 53bis VSG zu übernehmen sei.

a) ... Entgegen der Behauptung der Rekurrenten verfügt die Sportschule St.Gallen somit über ein einheitliches Gesamtkonzept und ein Angebot, das die Anforderungen an eine Sportschule gemäss Botschaft zum IX. Nachtrag zum Volksschulgesetz (vgl. vorstehend Ziff.3 Bst.b) nicht nur einhält, sondern darüber hinausgeht. Die Talentschule St.Gallen ist ausserdem zur Hauptsache auf die Bedürfnisse von Ballsportarten fokussiert und pflegt in den Bereichen Fussball und Handball eine enge Kooperation mit der Nachwuchsförderung. Sie kann deshalb gerade für Handball- und Fussballtalente optimale Fördervoraussetzungen bieten. Damit ist hinreichend erstellt, dass die Talentschule St.Gallen für A. die Rahmenbedingungen für eine optimale Förderung ihres Talents bieten würde. A. hat somit nach Art. 53bis VSG keinen Anspruch auf Übernahme des Schulgeldes an einer ausserkantonalen Schule für Hochbegabte, weil ihr Talent an ihrem schulrechtlichen Aufenthaltsort in St.Gallen angemessen gefördert werden kann.

b) Soweit die Rekurrenten geltend machen, mit der derzeitigen schulischen und auserschulischen Betreuung von A. könnten ihre Talente gezielter und effizienter

gefördert werden als am Aufenthaltsort, ist ihnen entgegen zu halten, dass Schulen für Hochbegabte im Sinne von Art. 53bis VSG lediglich die schulischen Rahmenbedingungen für das private Training zu optimieren haben (vorstehend Ziff. 3 Bst. b). Der Aufenthaltsort verfügt über eine Talentschule, die durch ihre enge Koordination mit der Fussball- und Handballnachwuchsförderung insbesondere für junge Talente in diesen Sportarten optimale schulische Rahmenbedingungen für das Training bietet, ohne ihr schulisches Fortkommen zu vernachlässigen. Hingegen ist es nicht Aufgabe der öffentlichen Volksschule – auch nicht im Rahmen der Begabtenförderung – die ausserschulische Betreuung, etwa bei Erwerbstätigkeit beider Elternteile, zu gewährleisten. Die ausserschulische Betreuung fällt ausschliesslich in die Verantwortung der Eltern. Demzufolge stellt die ausserschulische Betreuung in der Regel keinen Grund für die Bewilligung eines auswärtigen Schulbesuches mit Kostenübernahme durch die Aufenthaltsgemeinde dar. Die von den Eltern geltend gemachte ausserschulische Betreuung bei einer Gastfamilie in Appenzell ist primär aufgrund der Erwerbstätigkeit beider Elternteile nötig. Die pauschale Behauptung der Rekurrenten, A. könne in der Sportschule Appenzellerland aufgrund der optimalen schulischen und ausserschulischen Betreuung besser gefördert werden, ist vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig (A. erhält am Aufenthaltsort uneingeschränkt guten Unterricht) bzw. nicht relevant (die ausserschulische Betreuung liegt jenseits der von der Talentschulgesetzgebung erfassten Optimierung der schulischen Rahmenbedingungen für das Training).

94

Art. 47 MSG (sGS 215.1). Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Disziplinar massnahmen gegen Mittelschülerinnen und Mittelschüler kann berücksichtigt werden, dass an einer weiterführenden, freiwilligen Schule grundsätzlich höhere Anforderungen an die Loyalität der Schülerinnen und Schüler gestellt werden dürfen und sollen als an der obligatorischen Volksschule.

Erziehungsrat, 21. Januar 2009

Sachverhalt:

A., Schülerin an der Kantonsschule B., stellte ein Urlaubsgesuch für eine Lektion, um am Abend des betreffenden Tages rechtzeitig einen Verkehrskundekurs besuchen zu können. Das Gesuch wurde von der zuständigen Prorektorin mit der Begründung abgelehnt, dass solche Kurse auf die unterrichtsfreie Zeit zu legen seien. Zwei Tage später reichte A. bei der Klassenlehrerin ein neues Urlaubsgesuch

ein, welches ebenfalls nicht bewilligt wurde. Trotz den nicht bewilligten Gesuchen entfernte sich A. am Mittag des besagten Tages aus dem Unterricht, besuchte aber am Abend gemäss ihrer eigenen Aussage dennoch den Verkehrskundeunterricht. Die Kantonsschule B. drohte A. in der Folge den Ausschluss von der Schule (Ultimatum) an. Dagegen erhob A. Rekurs beim Erziehungsrat und machte geltend, das Ultimatum sei zu Unrecht ausgesprochen worden und das Ergebnis einer Verkettung von Missverständnissen. Aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens der Rektoratspersonen sei es ihr am Mittag des besagten Tages psychisch derart unwohl gewesen, dass sie sich nicht mehr im Stande gesehen habe, den Unterricht zu besuchen, und daher nach Hause gefahren sei. Im Laufe des Nachmittags habe sie sich wieder erholt, weshalb die Eltern sie aufgefordert hätten, den Kurs doch noch zu besuchen und – wenn möglich – am nächsten Tag wieder in die Schule zu gehen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Gemäss Art. 44 Abs. 1 MSG haben Mittelschülerinnen und Mittelschüler die Vorschriften der Schulordnung zu beachten und sich in Schule und Öffentlichkeit anständig und rücksichtsvoll zu verhalten. Als Disziplinarfehler können gemäss Art. 47 Abs. 1 MSG geahndet werden: die Vernachlässigung von Schülerpflichten (Bst. a), die Verletzung der Schulordnung (Bst. b) sowie Verhalten in Schule und Öffentlichkeit, das mit der Zugehörigkeit zur Mittelschule nicht vereinbar ist (Bst. c). Als schwerste Disziplinar massnahmen können gemäss Art. 47 Abs. 2 MSG von der Rektoratskommission die befristete Androhung des Ausschlusses von der Schule (Bst. a) und vom Erziehungsrat der Ausschluss von der Schule (Bst. b) verfügt werden.

b) Als Pflichtverletzung gilt nicht nur die Erfüllung spezifisch umschriebener Tatbestände, sondern jeder Verstoss gegen die der Schülerin bzw. dem Schüler durch Gesetz, Reglement oder Schul- und Hausordnung auferlegte Pflichten. Ebenfalls zu den Pflichtverletzungen gehört das Nichteinhalten von Verhaltensanweisungen, welche von der Schulleitung oder den Lehrkräften erteilt werden. Auch die üblichen Regeln von Sitte und Anstand sind während des Schulbetriebes bzw. innerhalb des Schulareals zu befolgen. Insofern ist bei der Verfügung einer Disziplinar massnahme nicht nur die Verletzung schriftlich festgehaltener Pflichten, sondern die Verletzung jeglicher Pflichten, welche den Schülerinnen und Schülern durch das Sonderstatusverhältnis auferlegt werden, zu berücksichtigen (Rhino/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 168).

c) Die befristete Androhung des Ausschlusses von der Schule (Ultimatum) nach Art. 47 Abs. 2 Bst. a MSG bringt einerseits einen schweren Tadel zum Ausdruck. Sie zeigt der Schülerin bzw. dem Schüler an, dass das Mass voll ist und es nur noch des «Tropfens» bedarf, um das Fass zum Überlaufen zu bringen. Demnach stellt sie eine Bewährungsfrist dar, während der sich die Schülerin bzw. der Schü-

ler keiner (weiteren) Pflichtverletzung schuldig machen darf. Durch die Versetzung in das Ultimatum wird die Schranke für den Ausschluss von der Schule, der grundsätzlich nur bei schweren Verstössen direkt ausgesprochen werden kann, erheblich gesenkt.

4. a) Gemäss Art. 41 MSG sind die Schülerinnen und Schüler zum Besuch der obligatorischen und von ihnen gewählten Fächer sowie der obligatorischen Schulanställe verpflichtet. Das Nichterscheinen an Prüfungen und das Fehlen im Unterricht sind Verstösse gegen die Schülerpflichten und damit Disziplinaratbestände (Art. 47 Abs. 1 Bst. a MSG).

b) Die Rekurrentin bestreitet nicht, dass sie den Verkehrskundekurs am Abend des besagten Tages besucht hat. Sie macht jedoch geltend, dass ihr für den Besuch des Kurses eingereichtes (abgelehntes) Urlaubsgesuch hinfällig geworden sei, da sie wegen psychischen Unwohlseins nicht mehr in der Lage gewesen sei, weiter in der Schule zu bleiben und daher die Schule vorzeitig verlassen habe. Da es ihr im Verlaufe des Nachmittags zunehmend besser gegangen sei, sei sie von den Eltern aufgefordert worden, am Abend – wie ursprünglich vorgesehen – am ausserhalb der Schulzeit stattfindenden Verkehrskundekurs teilzunehmen.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Die Prorektorin hat das Urlaubsgesuch der Rekurrentin für die 11. Lektion am besagten Tag zwecks Besuchs des Verkehrskundekurses mit der Begründung abgelehnt, dass solche Kurse auf die unterrichtsfreie Zeit zu legen seien. Der Umstand, dass die Rekurrentin zwei Tage später ein identisches Gesuch für die 12. Lektion bei der Klassenlehrerin einreichte, zeigt, dass sie sich mit dem ablehnenden Entscheid der Prorektorin nicht abfinden konnte. Ihr diesbezüglicher Einwand, dass sie erst bei Ablehnung des ersten Gesuchs gemerkt habe, dass sie das Gesuch versehentlich für die 11. anstatt für die 12. Lektion gestellt habe und deshalb mit einem korrekten Gesuch an die richtige Stelle, nämlich an die dafür zuständige Klassenlehrerin gelangt sei, ist nicht nachvollziehbar: Die Ablehnung des ersten Gesuchs gründete auf der grundsätzlichen Feststellung der Prorektorin, dass solche Kurse auf die unterrichtsfreie Zeit zu legen seien. Die Rekurrentin musste demnach davon ausgehen, dass ein Urlaubsgesuch für den Besuch des Verkehrskundekurses abgelehnt werde, unabhängig davon, auf welche Lektion sich das Gesuch bezieht. Auch konnte sie nicht ernsthaft erwarten, dass die formell zuständige Klassenlehrerin anders als die vorgesetzte Prorektorin entscheiden würde. Dass sie sich nach dem mündlichen negativen Bescheid der Klassenlehrerin erneut an die Prorektorin wandte, mit der Begründung, dass eine andere Mitschülerin mit Erlaubnis des Sportlehrers ohne schriftliches Gesuch in der gleichen Unterrichtsstunde fehlen dürfe, kommt einer «Zwängerei» nahe und lässt darauf schliessen, dass sie nichts unversucht lassen wollte, um am Kurs teilnehmen zu können.

c) ...

d) Nach dem Gesagten steht fest, dass alle unternommenen Versuche der Rekurrentin, eine Dispensation vom Unterricht zwecks Besuch des Verkehrskunde-

kurses zu erlangen, gescheitert waren, ohne dass der Schule ein Verfahrensfehler anzulasten wäre. Indem die Rekurrentin bei dieser Ausgangslage den Unterricht – wenn auch gestützt auf «psychisches Unwohlbefinden» – dennoch verliess und in der Folge erst noch den angestrebten Kurs besuchte, trägt sie die objektive Beweislast für das Vorhandensein einer Erkrankung. Diesen Beweis vermag sie vorliegend – etwa durch Vorlegen eines entsprechenden Arztzeugnisses – nicht zu erbringen. Vielmehr ist als Gegenbeweis dafür, dass sie *nicht* erkrankt war, der Umstand zu werten, dass sie am Abend den Verkehrskundekurs besucht hat.

e) Damit muss davon ausgegangen werden, dass sich die Rekurrentin am 1. September 2008 am Mittag trotz abgelehntem Urlaubsgesuch aus dem Unterricht entfernte, um den Verkehrskundekurs besuchen zu können. Dadurch hat sie sich über die Urlaubsordnung und den Entscheid der Schulleitung der Kantonsschule hinweggesetzt. Diese Verfehlung ist disziplinarisch zu ahnden (vgl. Ziff. 3 vorstehend). Die Vorinstanz hat daher gegenüber der Rekurrentin zu Recht ein Ultimatum bzw. die Androhung des Ausschlusses von der Schule ausgesprochen. Vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält das Ultimatum insoweit stand, als es zwar eine strenge Massnahme darstellt, indessen die Verfehlung der Rekurrentin nicht leicht zu gewichten ist, zumal sie wissentlich und willentlich und vor dem Hintergrund einer bereits früher erfolgten Unregelmässigkeit begangen worden ist. An einer weiterführenden, freiwilligen Schule dürfen und sollen grundsätzlich höhere Anforderungen an die Loyalität der Schülerinnen und Schüler gestellt werden als etwa an der obligatorischen Volksschule.

3. Arbeit und Gewerbe

95

Art. 40 Bst. b und Art. 43 MedBG (SR 811.11), Art. 55 Abs. 1 Bst. c GesG (sGS 311.1). Wer als Ärztin oder als Arzt die Fortbildungspflicht nicht erfüllt, verletzt die Berufspflicht und kann dafür disziplinarisch bestraft werden. Der Umfang der Fortbildung richtet sich nach den Regelungen der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH). – Wer eine Ärztin oder einen Arzt ohne Einholung der entsprechenden Bewilligung anstellt, wird mit Busse bestraft.

Gesundheitsdepartement, 25. März 2009

Sachverhalt:

A. Aufgrund der Beschwerde einer Patientin bezüglich der Behandlung in der Praxis von Dr.med. A. stellte der Kantonsarzt Dr. A. mit Schreiben vom 15. Septem-

ber 2008 diverse Fragen zur Behandlung. Gleichzeitig erkundigte er sich, ob in der Praxis von Dr. A. ein ärztlicher Mitarbeiter beschäftigt wurde und forderte den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung sowie eines Fortbildungsnachweises ein. Dr. A. beantwortete zwar gewisse Fragen bezüglich der Behandlung und bestätigte, im Jahr 2007 einen ärztlichen Mitarbeiter angestellt zu haben. Ebenso wurde der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung erbracht. Der Nachweis der Fortbildungspflicht blieb aber aus.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 40 MedBG hält die Berufspflichten von Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, fest. Unter anderem ist die Fortbildungspflicht genannt (Bst. b). Bei Verletzungen der Berufspflichten kann von der Aufsichtsbehörde eine Disziplinar massnahme nach Art. 43 MedBG angeordnet werden.

3. Ein Disziplinarfehler (in casu ein Verstoss gegen die in Art. 40 MedBG statuierten Berufspflichten) liegt nur vor, wenn die Pflichtverletzung schuldhaft verursacht worden ist. Es bleibt damit zu klären, ob Dr. A. ihre Berufspflichten nicht nur objektiv verletzte, sondern ob ihr diese Verletzung auch persönlich vorwerfbar ist, resp. ob die Verletzung in schuldhafter Weise erfolgte.

Persönlich vorwerfbar ist ein Verhalten dann, wenn sich jemand pflichtwidrig verhalten hat, obwohl er bei richtiger Willensbestätigung pflichtgemäss hätte handeln können. Das Verschulden besteht in der vorwerfbaren inneren Beziehung des Fehlbaren zu seinem pflichtwidrigen Verhalten. Der Vorwurf richtet sich demgemäss gegen den fehlerhaften Willen des Betroffenen. Er setzt einerseits voraus, dass sich der Fehlbare der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst war und andererseits, dass es ihm möglich wie auch zumutbar gewesen wäre, sich pflichtgemäss zu verhalten (vgl. Walter Hinterberger, Disziplinarfehler und Disziplinar massnahme im Recht des öffentlichen Dienstes, Diss. St.Gallen 1986, a. a. O., S. 126 f.).

Ein Verschulden setzt des Weiteren voraus, dass der Fehlbare zum Zeitpunkt der Verfehlung einerseits schuld- oder zurechnungsfähig war, und dass er andererseits um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gewusst hat, oder er zumindest die Möglichkeit gehabt hat, darum zu wissen. Die Zurechnungsfähigkeit darf in der Regel als gegeben angenommen werden (Hinterberger, a. a. O., S. 127 ff.).

Für den Begriff der Schuld kann für den Bereich des Disziplinarrechts auf die strafrechtlichen Kriterien zurückgegriffen werden. Allgemeine gedankliche Voraussetzungen für das Bestehen von «Schuld» überhaupt, ist die Annahme eines Bereiches von Willensfreiheit in dem Sinne, dass der Mensch grundsätzlich dazu fähig ist, auf ihn einwirkende Kausalfaktoren zu kontrollieren und sein Verhalten nach Normen auszurichten. Der Vorwurf, der konkrete Betroffene habe im konkreten Fall pflichtwidrig gehandelt, obwohl von ihm rechtmässiges Verhalten hätte verlangt werden können, setzt u. a. die psychische Fähigkeit des Betroffenen voraus, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und sich entsprechend dieser Erkenntnis auch zu verhalten. Mit anderen Worten setzt ein Verschulden voraus, dass

die betroffene Person im Zeitpunkt der Verfehlung von ihrer geistigen Verfassung her überhaupt fähig war, die Rechtswidrigkeit ihres Tuns zu erkennen, ihr Verhalten willensmässig zu steuern und nach ihren beruflichen Pflichten auszurichten (vgl. Hinterberger, a. a. O., S. 127 mit weiteren Hinweisen).

Eine Disziplinar massnahme muss grundsätzlich eingreifend sein, um die Anforderungen an eine vertrauenerweckende und die Interessen des Staates wahrende Verwaltung durchzusetzen um zu gewährleisten, dass sich die oder der Betroffene respektive auch andere Personen in gleicher Lage und Stellung aller Voraussicht nach fortan an ihre Berufspflichten halten. Die Art der Massnahme richtet sich nach dem Verschulden, dem bisherigen Verhalten sowie nach Umfang und Bedeutung der verletzten oder gefährdeten Interessen.

4. Zu prüfen ist vorliegend, ob Dr. A. gegen die in Art. 40 Bst. b MedBG statuierte Fortbildungspflicht verstossen hat. Grundlage dafür bildet der Schriftenwechsel zwischen Dr. A. bzw. deren Rechtsanwalt und dem Gesundheitsdepartement.

4.1. Art. 40 Bst. b MedBG statuiert zwar eine Fortbildungspflicht, die Anforderungen an die Fortbildung – etwa bezüglich Inhalt und Dauer – sind aber im MedBG nicht ausdrücklich geregelt (vgl. Boris Etter, Handkommentar zum Medizinalberufegesetz, Bern 2006, Art. 40 Rz. 8). Obwohl die Kantone für die Beaufsichtigung der Fortbildungspflicht zuständig sind, kennen auch das GesG und dessen Ausführungserlasse keine Regelungen der Fortbildungspflicht. Es wäre überdies fraglich, ob die Kantone zum Erlass solcher Normen befugt wären, da das MedBG die Konkretisierung der Fortbildungsanforderungen nicht an die Kantone delegiert. Der Bundesrat wird im Rahmen des Verordnungsrechts zu prüfen haben, ob die Fortbildungspflicht zu präzisieren ist (vgl. Etter, Art. 40 Rz. 11). Auf normativer Ebene sind – zumindest zurzeit – keine verbindlichen Anforderungen an die Fortbildungspflicht vorhanden, wobei dieser Umstand einer Einforderung des Fortbildungsnachweises nicht entgegensteht.

Dr. A. wurde insgesamt dreimal schriftlich aufgefordert, den Nachweis der Fortbildungspflicht zu erbringen. Im letzten Schreiben vom 22. Januar 2009 wurde ihr zusätzlich mitgeteilt, dass nach unbenützter Frist davon ausgegangen werden müsste, dass der Nachweis der Fortbildungspflicht nicht erbracht werden kann. Im Antwortschreiben, welches Dr. A., vertreten durch ihren Rechtsanwalt, einreichte, war ein Schreiben beigelegt, in welchem Dr. A. festhielt, dass sie die Weiterbildungspflicht erbracht habe. Dass eine solche Selbstdeklaration ohne Belege für den Nachweis der Fortbildungspflicht nicht ausreicht, muss nicht näher erörtert werden. Aufgrund des geführten Schriftenwechsels muss davon ausgegangen werden, dass Dr. A. überhaupt keine Fortbildung betrieben hat. Auch wenn zurzeit keine präzisierenden Anforderungen der Fortbildungspflicht im Sinne von Art. 40 Bst. b MedBG vorhanden sind, verstösst die Unterlassung jeglicher Fortbildung offenkundig gegen die in dieser Bestimmung statuierte Fortbildungspflicht. Die unterlassene Fortbildung stellt eine Verletzung der Berufspflicht dar.

Aufgrund des geführten Schriftenwechsels entsteht der Eindruck, dass sich Dr. A. stur darauf versteift hat, das Gesundheitsdepartement sei für die Aufsicht der Fortbildungspflicht nicht zuständig. Da das Gesundheitsdepartement Dr. A. die Zuständigkeit ausführlich aufgezeigt und die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen erläutert hat, wäre es ihr ohne weiteres möglich gewesen, die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens zu erkennen.

4.2. Da weder auf Bundes- noch auf kantonaler Ebene Regelungen bezüglich des Fortbildungsumfangs vorhanden sind, können die Regelungen der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) bis zum Erlass von Regelungen auf Verordnungsstufe als Richtwert herangezogen werden. Gemäss Art. 4 der FBO (einsehbar unter http://www.fmh.ch/de/data/pdf/import_fmh/awf/fortbildung/fbo_d.pdf) entspricht der Richtwert des Fortbildungsumfangs für einen Arzt insgesamt 80 Stunden pro Jahr (50 Stunden strukturierte und kontrollierte Fortbildung sowie 30 Stunden Selbststudium). Gemäss Art. 9 FBO sind alle Inhaber eines eidgenössischen oder anerkannten ausländischen Weiterbildungstitels ungeachtet ihres Beschäftigungsgrades zur Fortbildung gemäss den Bestimmungen der FBO verpflichtet, solange sie in der Schweiz eine ärztliche Tätigkeit ausüben. Folglich gilt diese Fortbildungspflicht auch für Dr. A., da sie den Weiterbildungstitel «Anästhesiologie» trägt und in der Schweiz tätig ist. Für die Ausarbeitung der Fortbildungsprogramme (Facharzttitle und allfällige Schwerpunkte), deren Durchführung, Anwendung und Evaluation sind die jeweiligen Fachgesellschaften zuständig (Art. 6 FBO). Im vorliegenden Fall ist die Schweizerische Gesellschaft für Anästhesiologie und Reanimation (SGAR) zuständig. Gemäss Ziff. 1.2.3. des Fortbildungsprogramms für den Facharzttitle Anästhesiologie (einsehbar unter http://www.sgarssar.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Fortbildung/fbprogramm08-d_definitivo.pdf) ist die Fortbildungspflicht erfüllt, wenn für die strukturierte Fortbildung 50 Credits pro Jahr nachgewiesen werden können. Hinzu kommen 30 Stunden Selbststudium, die ohne Regelung und Kontrolle angerechnet werden. Insgesamt handelt es sich um zirka 10 Tage Fortbildung pro Jahr. Da die Kontrollperiode drei Kalenderjahre beträgt, werden somit 150 Credits für die nachweisbare und strukturierte Fortbildung verlangt und weiter 90 Credits für das Selbststudium zugesprochen. Mit anderen Worten müssen innert drei Jahren 150 Credits, welche 150 Stunden Fortbildung entsprechen, nachgewiesen werden. Wer innerhalb der dreijährigen Kontrollperiode die geforderten 150 Credits für die nachweisbare und strukturierte Fortbildung nicht nachweisen kann, darf die fehlende Fortbildung im folgenden Kalenderjahr nachholen (vgl. Ziff. 1.2.3. des Fortbildungsprogramms für den Facharzttitle Anästhesiologie). Dass die Regelungen der FMH bzw. der jeweiligen Fachgesellschaften als Richtwert herangezogen werden können, zeigt auch Ziff. 1.3.9. des Fortbildungsprogramms für den Facharzttitle Anästhesiologie, wonach die zuständigen kantonalen Gesundheitsbehörden die Verletzung der Fortbildungspflicht im Sinne von Art 43 Abs. 2 MedBG mit Verweis oder Busse bestrafen können.

Der in Deutschland erworbene Facharztztitel wurde vom Bundesamt für Gesundheit am 28. März 2006 anerkannt. Folglich müsste sie grundsätzlich bis spätestens Ende 2009 150 Stunden Fortbildung absolviert haben (vgl. Ziff. 1.3.3. des Fortbildungsprogramms für den Facharztztitel Anästhesiologie). Dr. A. hat nach dem Gesagten dem Gesundheitsdepartement bis 31. Dezember 2010 (dreijährige Kontrollperiode und ein Jahr Nachholfrist) nachzuweisen, dass sie 150 Stunden Fortbildung absolviert hat. Da Dr. A. im Kanton St. Gallen als Allgemeinärztin und nicht als Anästhesistin tätig ist, hat sich zumindest die nichtfachspezifische Fortbildung (erweiterte Fortbildung) auf allgemeinmedizinische Bereiche zu konzentrieren.

5. Sowohl im Schreiben vom 15. Oktober 2008 als auch im Schreiben vom 6. Februar 2009 hält Dr. A. explizit fest, dass sie einen ärztlichen Mitarbeiter angestellt hatte. Gemäss Art. 44 Abs. 3 GesG i.V. m. Art. 27 ff. der Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe (sGS 312.0) bedarf die Tätigkeit als Assistenzarzt einer Bewilligung. Dr. A. verfügte für den von ihr angestellten Arzt zu keinem Zeitpunkt über eine Assistenten- oder Stellvertreterbewilligung. Damit Dr. A. diesen Arzt hätte anstellen können, wäre eine solche Bewilligung jedoch Voraussetzung gewesen, da der genannte Arzt im Kanton St. Gallen über keine Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung im Sinne von Art. 44 GesG verfügt. Dr. A. ersuchte zwar mit Schreiben vom 30. Oktober 2007 um Erteilung einer Assistentenbewilligung für diesen Arzt. Das Gesundheitsdepartement teilte ihr mit Schreiben vom 6. November 2007 indessen mit, dass ein Assistent als Mitarbeiter unter der fachlichen Verantwortung und Leitung einer zur selbstständigen Berufsausübung zugelassenen Ärztin stehe. Während den Arbeitszeiten des Assistenzarztes sei die Anwesenheit der beaufsichtigenden Ärztin erforderlich. Dr. A. wurden deshalb zusätzliche Fragen betreffend Ihre Anwesenheitszeiten und den geplanten Arbeitszeiten des Assistenten gestellt, da sie zu diesem Zeitpunkt in zwei verschiedenen Arztpraxen tätig war. Dr. A. beantwortete diese Fragen nicht, weshalb das Gesundheitsdepartement davon ausgehen durfte, dass sie auf eine Anstellung dieses Assistenzarztes verzichte. Entsprechend wurde keine Assistentenbewilligung erteilt. Dr. A. stellte nach eigenen Aussagen den Assistenzarzt gleichwohl an und liess ihn ohne Bewilligung arbeiten, obwohl sie aufgrund des Schriftenwechsels wusste, dass eine Assistentenbewilligung erforderlich wäre.

Das Gesundheitsdepartement geht aufgrund des im geführten Schriftenwechsel gewonnenen Eindrucks davon aus, dass Dr. A. vorsätzlich gegen gesundheitspolizeiliche Vorschriften verstossen hat. Aufgrund des Schreibens des Gesundheitsdepartements vom 6. November 2007 musste Dr. A. jedenfalls bewusst sein, dass für die Anstellung eines Assistenzarztes eine Bewilligung erforderlich ist. Es wäre ihr damit auch in diesem Punkt möglich gewesen, die Rechtswidrigkeit ihres Tuns zu erkennen.

6. Dr. A. wurden mit Schreiben vom 15. September 2008, 22. Oktober 2008 und 22. Januar 2009 diverse Fragen zu einer Patientenbehandlung gestellt. Da das Gesundheitsdepartement gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b GesG i.V. m. Art. 26bis Abs. 1 Bst. c GeschR für die Beaufsichtigung der medizinischen Berufe zuständig ist,

können einem Arzt oder einer Ärztin Fragen zu einer von einem Patienten beanstandeten Behandlung gestellt werden. Dies ist insbesondere erforderlich, um beurteilen zu können, ob ein Arzt oder eine Ärztin gegen die in Art. 40 Bst. a MedBG statuierte Berufs- bzw. Sorgfaltspflicht verstossen hat. . .

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass Dr. A. durch die unterlassene Fortbildung gegen die in Art. 40 Bst. b MedBG statuierte Berufspflicht verstossen hat. Bei Verletzungen der Fortbildungspflicht kann die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 43 Abs. 2 MedBG Disziplinar massnahmen in Form einer Verwarnung (Abs. 1 Bst. a), eines Verweises (Abs. 1 Bst. b) oder einer Busse bis zu Fr. 20 000.– (Abs. 1 Bst. c) anordnen. Vorliegend erscheint eine Verwarnung als angemessen.

8. Zusätzlich hat Dr. A. durch die Anstellung eines Arztes ohne Einholung der entsprechenden Bewilligung gegen Art. 44 Abs. 3 GesG i.V. m. Art. 27 ff. der Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe verstossen. Gemäss Art. 55 Abs. 1 Bst. c GesG wird mit Busse bestraft, wer dabei Hilfe leistet, einen medizinischen Beruf ohne behördliche Bewilligung auszuüben. Vorliegend erscheint vor dem Hintergrund, dass es sich diesbezüglich um eine einmalige Fehlleistung gehandelt hat, eine Busse in geringer Höhe von Fr. 200.– als angemessen.

96

Art. 7 Bst. c, Art. 8 Abs. 1 Bst. b, Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 sowie Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e GWG (sGS 553.1). Durch die Nichtdurchsetzung des Rauchverbotes in einem Gastwirtschaftsbetrieb verletzt der Patentinhaber Vorschriften der Gastwirtschaftsgesetzgebung, insbesondere Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e GWG. Er bietet somit keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 i.V. m. Art. 7 Bst. c und Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG, weshalb ihm das Patent entzogen werden kann.

Volkswirtschaftsdepartement, 5. Februar 2009 (die gegen diesen Entscheid erhobenen Beschwerden wurden vom Verwaltungsgericht und vom Bundesgericht abgewiesen)

Sachverhalt:

Der Patentinhaber A führt das Restaurant X. Wegen der bis anhin einwandfreien Geschäftsführung wurde das Patent per 1. Januar 2008 mit Gültigkeit bis 31. Dezember 2010 erneuert.

Am 20. Februar 2008 erliess der Kantonsrat den IX. Nachtrag zum GesG, der den Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen regelt. Der Nachtrag wurde nach unbenützter Referendumsfrist am 15. April 2008 rechtsgültig und von der Regierung auf 1. Oktober 2008 in Vollzug gesetzt. Nach Art. 52quater Abs. 1 GesG ist das Rauchen in allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen verboten, ausgenommen in Rauchzimmern. Als allgemein zugänglich gelten auch gastgewerbliche Betriebe (Art. 52quater Abs. 2 Bst. h GesG). Nach Art. 52quinquies Abs. 2 GesG können gastgewerbliche Betriebe auf Bewilligung der politischen Gemeinde hin als Raucherbetriebe geführt werden.

Ab Oktober 2008 wurden im Restaurant X verschiedene Kontrollen betreffend Einhaltung des Schutzes der Bevölkerung vor dem Passivrauchen durchgeführt.

Mit Verfügung vom 21. Januar 2009 wurde das Patent von A, lautend auf das Restaurant X mit sofortiger Wirkung entzogen (Ziff. 1) und einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziff. 2). Am 29. Januar 2009 erhob A gegen die Verfügung Rekurs.

Erwägungen:

3. Mit Art. 52quater Abs. 1 und Abs. 2 Bst. h GesG führte der Kanton St. Gallen per 1. Oktober 2008 ein Rauchverbot in gastgewerblichen Betrieben ein. Laut Botschaft der Regierung zum IX. Nachtrag zum GesG soll das Rauchverbot die Bevölkerung vor den gesundheitsschädigenden Folgen des Passivrauchens schützen (ABI 2007, 2197 ff.). Zwar wurde das Rauchverbot erst in der parlamentarischen Beratung zum GesG auf gastgewerbliche Betriebe ausgedehnt. Die Ausführungen der Regierung zu den gesundheitsschädigenden Folgen des Passivrauchens treffen jedoch auch auf das Rauchen in gastgewerblichen Betrieben zu. Dabei sieht das GesG in Gastwirtschaftsbetrieben kein absolutes Rauchverbot vor. Vielmehr können nach Art. 52quinquies GesG für Gastwirtschaftsbetriebe unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen vom Rauchverbot gewährt werden. A verfügt jedoch – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – nicht über eine solche Ausnahmegewilligung für seinen Betrieb. [...]

Aufgrund des Ausgeführten gilt das Rauchverbot seit 1. Oktober 2008 (auch) für das Restaurant X. Dieses Verbot wird jedoch – wie die ausführliche Medienberichterstattung und die vorhandenen Akten (vgl. insbesondere die Anzeigerapporte der Vorinstanz vom 13. Oktober 2008, vom 15./19. November 2008 und vom 15. Januar 2009) belegen – nicht beachtet bzw. nicht durchgesetzt. Vielmehr steht fest, dass im Restaurant X trotz geltendem Rauchverbot weiterhin geraucht wird.

4. Nach Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 GWG wird das Patent für einen Betrieb entzogen, wenn die Voraussetzungen der Erteilung nicht mehr erfüllt sind. Gemäss Art. 7 GWG wird das Patent erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig, charakterlich geeignet und zur Nutzung des Betriebes berechtigt ist sowie Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet.

4.1. Vorliegend ist einzig strittig, ob A Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 7 Bst. c GWG bietet. Solche Gewähr bietet nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG insbesondere, wer in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder in schwerwiegender Weise Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechtes oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt hat. Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG ist die Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung nicht erst zu verneinen, wenn die wiederholten oder schwerwiegenden Verstösse gegen die massgeblichen Vorschriften zu einer rechtskräftigen Bestrafung oder Verurteilung geführt haben. Die mit dem Vollzug des GWG betraute Verwaltungsbehörde hat bei der Anwendung dieser Bestimmung zu prüfen, ob die massgeblichen Vorschriften verletzt wurden. Kommt sie zum Schluss, dass jemand verwaltungsrechtliche Vorschriften verletzt hat, und entzieht sie daher eine gewerbepolizeilich motivierte Bewilligung, so verstösst sie nicht gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Dieser schreibt lediglich vor, dass die Behörden niemand einer *Straftat* schuldig bezeichnen dürfen, ohne dass ein Gericht die Schuld festgestellt hat (GVP 1998, Nr. 79).

4.2. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob A in den letzten zwei Jahren wiederholt oder in schwerwiegender Weise massgebliche Vorschriften gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG verletzt hat.

5. Zu den wirtschaftspolizeilichen Vorschriften im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG zählen namentlich die in Art. 20 ff. GWG festgelegten Pflichten des Patentinhabers. Gemäss Art. 21 Abs. 1 GWG hat der Patentinhaber für Ordnung zu sorgen. Er hat nach Art. 21 Abs. 2 Bst. e GWG Gäste wegzuweisen, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leisten, nötigenfalls unter Inanspruchnahme der Polizei.

5.1. Das Rauchverbot nach Art. 52quater Abs. 1 und Abs. 2 Bst. h GesG richtet sich – wie A zutreffend ausführt – primär an die rauchende Person, d.h. an die Gäste eines Gastwirtschaftsbetriebes. Es kann offen gelassen werden, ob Art. 52quater GesG darüber hinaus auch die Personen, welche die Hausgewalt für die in Art. 52quater Abs. 2 GesG aufgeführten Räume inne haben, verpflichtet, für die Einhaltung des Rauchverbotes zu sorgen. Im Bereich der gastgewerblichen Betriebe folgt eine entsprechende Pflicht jedenfalls aus dem GWG (vgl. Erw. 5.2. hienach).

5.2. Wie bereits ausgeführt, hat der Patentinhaber nach Art. 21 Abs. 1 GWG *allgemein* für Ordnung zu sorgen. Ihm obliegt somit die Pflicht, dafür zu sorgen, dass im Gastwirtschaftsbetrieb die geltende Rechtsordnung eingehalten wird. Der Patentinhaber ist zwar nicht verpflichtet, die Einhaltung sämtlicher Rechtsnormen des schweizerischen Rechts durchzusetzen bzw. zu kontrollieren, ob diese Normen von seinen Gästen eingehalten werden. Soweit es jedoch um eine Norm geht, die ausdrücklich und unmittelbar das Verhalten in gastgewerblich genutzten Räumen regelt, ist der Patentinhaber aufgrund von Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e GWG verpflichtet, die Einhaltung der Norm in seinem Gastwirtschaftsbetrieb durchzusetzen.

Art. 52quater Abs. 1 i.V. m. Abs. 2 Bst. h GesG statuiert ausdrücklich und unmittelbar ein Rauchverbot in gastgewerblich genutzten Räumen. A ist daher entgegen seiner Ansicht verpflichtet, das Rauchverbot im Restaurant X durchzusetzen. Er hat die Gäste aufzufordern, das Rauchen zu unterlassen, und darüber hinaus gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. e GWG Gäste aus seinem Betrieb wegzuweisen, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung bzw. des Rauchverbotes keine Folge leisten, nötigenfalls unter Inanspruchnahme der Polizei. Dieser Pflicht kommt A – wie der massgebende Sachverhalt belegt – offensichtlich nicht nach, da er die Gäste lediglich auf das Rauchverbot und die bei Missachtung allenfalls zu leistende Ordnungsbusse hinweist, ihnen aber auf Verlangen einen Aschenbecher abgibt und damit duldet, dass im Restaurant X weiterhin geraucht wird.

5.3. Es ist somit festzuhalten, dass A das seit 1. Oktober 2008 geltende Rauchverbot in seinem Betrieb trotz mehrerer Ermahnungen der Vorinstanz nicht durchgesetzt und damit wiederholt Vorschriften der Gastwirtschaftsgesetzgebung – insbesondere Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e GWG – verletzt hat. A bietet somit keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 i.V. m. Art. 7 Bst. c und Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG, weshalb ihm das Patent für das Restaurant X grundsätzlich zu entziehen ist.

...

8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz A das Patent für das Restaurant X zu Recht entzog. Der Rekurs ist daher vollständig abzuweisen.

4. Raumplanung und öffentliches Baurecht

97

Art. 18 BauG (sGS 731.1). Ein Wohn- und Pflegeheim, das von einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft im Auftrag der Gemeinde erstellt und betrieben wird, ist in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen zonenkonform. Entscheidend für die Beurteilung der Zonenkonformität ist allein die Zweckbestimmung der geplanten Baute, die einem breiten Bedürfnis der Allgemeinheit entsprechen muss. Nicht massgebend ist ihre eigentümliche Zugehörigkeit oder die Grösse ihres Benutzerkreises.

Baudepartement, 27. Februar 2009

Sachverhalt:

Eine Gemeinde hatte die Führung des bisher selbst betriebenen Alters- und Pflegeheims einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft übertragen. Dieser wurde gleichzeitig der Auftrag erteilt, auf einem von der Gemeinde im Baurecht zur Verfügung gestellten, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen gelegenen Grundstück ein neues Pflegeheim mit Alterswohnungen zu erstellen. Das von der beauftragten Aktiengesellschaft eingereichte Baugesuch für den Neubau eines Wohn- und Pflegeheims mit 13 Wohnungen, 33 Pflegezimmern, einer öffentlichen Cafeteria, Infrastrukturräumen, Räumen für Spitex, Spielgruppe und Ludothek, einer Tiefgarage sowie Nebengebäuden wurde von der Gemeinde bewilligt. Im Rekursverfahren vor Baudepartement wurde unter anderem geltend gemacht, das private Wohn- und Pflegeheim sei in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zonenkonform.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. Zentrale Bauvoraussetzung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a des Raumplanungsgesetzes; SR 700, abgekürzt RPG). Die abstrakte Zonenkonformität ergibt sich aus dem Nutzungsplan und den zugehörigen Nutzungsvorschriften. Allgemein gilt, dass Zonenkonformität einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck verlangt. Sie ist nicht schon damit erwiesen, dass das Bauwerk dem Zonenzweck – besonders was Immissionen angeht – nicht entgegensteht (P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2008, S. 196). Nach Art. 18 BauG sind Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen für bestehende und künftige öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt.

4.2. Als Bauten und Anlagen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, kommen u. a. Schulhäuser, Kirchen, Friedhöfe, Sportanlagen, Spielplätze, Freibäder, Kurhäuser und Pflegeheime in Frage. Dem Zonenzweck entsprechend müssen Bauten oder Anlagen im öffentlichen Interesse liegen und öffentliche Bedürfnisse befriedigen. Sie sollen der Allgemeinheit dienstbar sein und nicht nur einem privilegierten, bestimmt eingegrenzten Personenkreis. Es ist nicht gefordert, dass die Baute oder Anlage im Eigentum des Gemeinwesens steht. Denkbar ist auch eine private Trägerschaft (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 387). Weil für die Frage der Zonenkonformität in einer ÖBA weder die eigentums-mässige Zugehörigkeit der Sache noch die Grösse ihres Benutzerkreises, sondern allein ihre Zweckbestimmung massgebend ist, ist auch eine Baute mit einem beschränkten Benutzerkreis in dieser Zone zulässig, sofern sie im Dienst einer öffentlichen Aufgabe steht. So kann eine Schulsportanlage neben Unterrichtszwecken auch noch für gewisse Zeit ausschliesslich für die Mitglieder eines privaten Vereins zur Verfügung stehen. Auch ist es möglich, ein Alterswohnheim in der ÖBA zu realisieren, in dem wesensmässig einzelne Nutzniesser zeitweilig die Sache in aus-

schliesslicher Weise nutzen können (D. Gsponer, die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Zürich 2000, S. 28).

4.2.1. Konkret betreibt die Politische Gemeinde W. seit dem Jahr 1992 das ehemalige Hotel X., das inzwischen vom Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz HEKS als Flüchtlingsheim Y. geführt wurde, als Alters- und Pflegeheim mit 40 Zimmern. Im Jahr 2001 ergab eine Projektstudie, dass sich ein erneuter Umbau des fast 100-jährigen und mehrfach umgenutzten Gebäudes im Vergleich zu einem Neubau, namentlich aus betrieblicher Sicht, nicht mehr lohnen würde. Gemeinderat und Bevölkerung erarbeiteten darauf ein neues Altersleitbild und kamen im Jahr 2003 zum Schluss, dass in der Gemeinde W. zusätzlich Alterswohnungen mit möglicher Betreuung nötig seien. Mit Vereinbarung vom 5. März 2007 bzw. 3. April 2007 wurde der S. per 1. Januar 2008 die Führung des Alters- und Pflegeheims Y. übertragen. Gleichzeitig verpflichtete sich diese, bis Ende des Jahres 2011 auf dem Grundstück Nr. Z. ein neues Heim mit 33 bis 44 Betten zu bauen und dort die fachgerechte Pflege und ganzheitliche Betreuung für die betagten Bewohnerinnen und Bewohner, vorrangig aus W., zu gewährleisten. Die Politische Gemeinde verpflichtete sich im Gegenzug, für die Dauer des entsprechenden Baurechtsvertrags weder ein eigenes Wohn- und Pflegeheim zu errichten oder zu betreiben, noch eine Kooperation mit anderen Heimbetrieben einzugehen.

4.2.2. Die Politische Gemeinde bleibt auf Grund einer Leistungsvereinbarung Aufsichtsorgan über das Heim, auch wenn die S. das Wohn- und Pflegeheim auf eigene Kosten und Risiken betreibt. So wird die Aufsicht dem Heimrat obliegen, der – wie die bisherige Betriebskommission – aus zwei Mitgliedern des Gemeinderates und drei weiteren vom Gemeinderat gewählten Mitgliedern bestehen wird. Auch die Heimtaxen und Pflögetarife werden nicht von der privaten Trägerin frei bestimmt. Diese haben sich laut Leistungsvereinbarung vielmehr im regionalen Rahmen zu bewegen, der durch die Tarife der Referenzheime in den Gemeinden A., B., C., D., E. und F. bestimmt wird.

4.2.3. Mit der geplanten Infrastrukturbaute, die das gemeindeeigene Alters- und Pflegeheim Y. ersetzen und nicht – wie die Rekurrenten offenbar glauben – ergänzen soll, erfüllt die politische Gemeinde ihren gesetzlichen und politischen Auftrag, Wohnungen und Pflegeplätze für Senioren und Betagte anzubieten. Die Rekurrenten bestreiten zu Recht nicht, dass die Aufgaben der anderen Institutionen wie Spitex, Spielgruppe und Ludothek, im öffentlichen Interesse liegen. Die Spitex hat ihre Räume heute ebenfalls im Alters- und Pflegeheim Y., Spielgruppe und Ludothek sind im abbruchreifen Chalet der Primarschulgemeinde untergebracht. Anders als beim entgegengehaltenen Betrieb eines Campingplatzes (GVP 1983 Nr. 16) können die Betreiberin des Alters- und Pflegeheims Y., die Spitex, die Spielgruppe und die Ludothek nicht frei entscheiden, welche Personen ihre Einrichtungen nutzen und ihre Dienstleistungen in Anspruch nehmen wollen und was sie dafür verlangen wollen. Das Heim steht vielmehr allen betagten Einwohnerinnen und

Einwohnern von W. und bei Möglichkeit sämtlichen Einwohnerinnen und Einwohnern der Region offen.

4.2.4. Am öffentlichen Bedürfnis des Neubaus ändert nichts, dass dieser grundsätzlich auch am Standort des bestehenden Alters- und Pflegeheims hätte realisiert werden können. Innerhalb der Zonenordnung steht es der Bauherrschaft frei, wo sie ihre Bauvorhaben verwirklichen will. Für den Standort innerhalb der ÖBA ist einzig entscheidend, dass die Infrastrukturbauete einem breiten Bedürfnis der Allgemeinheit entspricht. Nicht massgebend ist, dass der vorgesehene Standort der einzig mögliche ist. Auch spielt es keine Rolle, dass die Anzahl der krankenkassenprämienberechtigten Alters- und Pflegeheimplätze in der Gemeinde W. gemäss Prognose der kantonalen Fachstellen in Zukunft sinken wird. Gemäss Regierungsbeschluss über die Pflegeheimliste vom 23. August 2005 (sGS 381.181) verfügt die Gemeinde W. aktuell neben den 13 berechtigten Alters- und Pflegeplätzen im Alters- und Pflegeheim J. über 43 berechnete Plätze im Alters- und Pflegeheim Y. Demgegenüber beruht die Zahl der geplanten 33 Pflegezimmer an der W.-strasse auf einer längerfristigen Bedarfsplanung von 29 Alters- und Pflegeplätzen für die Politische Gemeinde W. und vier Plätze, die nach Vereinbarung mit der Gemeinde A. für die Weiler F. und B. sicherzustellen sind.

4.3. Daraus folgt, dass mit dem Neubau für das Wohn- und Pflegeheim und den verschiedenen Nebennutzungen an der W.-strasse öffentliche Bedürfnisse der Gemeinde und der näheren Region befriedigt werden, womit dieser in der ÖBA zonenkonform ist.

98

Art. 105 BauG (sGS 731.1). Eine Planungszone, die während deren Dauer Bauvorhaben ohne rechtskräftigen Überbauungs- und Gestaltungsplan untersagt, kommt im Ergebnis einer im Kanton St.Gallen nicht vorgesehenen Überbauungsplanpflicht gleich und ist daher unzulässig.

Baudepartement, vom 3. November 2009

Sachverhalt:

Eine Gemeinde erliess eine Planungszone von drei Jahren Dauer, die im betroffenen Gebiet das Erstellen, Erweitern und Umnutzen von Bauten und Anlagen ohne einen rechtskräftigen Überbauungs- und Gestaltungsplan untersagte. Das Baudepartement stellte fest, dass eine solche Planungszone dem übergeordneten Recht widerspreche, womit das notwendige öffentliche Interesse an ihr von vornherein entfalle und hiess den dagegen erhobenen Rekurs gut.

Aus den Erwägungen:

2.1. Planungszonen bewirken eine Eigentumsbeschränkung. Die nötige gesetzliche Grundlage findet sich in Art. 105 BauG, wonach die zuständige Gemeindebehörde das ganze Plangebiet oder Teile davon als Planungszone bestimmen kann, wenn der Erlass oder die Änderung eines Baureglementes, eines Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie-, oder Abbauplans oder einer Schutzverordnung oder eine Landumlegung angezeigt ist. In Bezug auf die Anpassung von Nutzungsplänen kommt Art. 27 Abs. 1 RPG zur Anwendung, wonach die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszonen bestimmen kann.

2.2. Planungszonen dienen der einstweiligen Sicherung der beabsichtigten Nutzungsplanung, im Besonderen der Bewahrung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit der Behörden, die nicht durch Vorhaben, die den Planungsabsichten widersprechen, beeinträchtigt werden (A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N 21 Zu Art. 27 RPG). Die Planungszone stellt somit eine vorsorgliche, sichernde Massnahme dar und verschafft dem im Entstehen begriffenen Nutzungsplan eine gewisse negative Vorwirkung (P. Hänni, Planungs-, Bau und besonderes Umweltrecht, Bern 2008, S. 235 F.). Eine Planungszone hat dabei nicht die Wirkung eines allgemeinen oder absoluten Bauverbots. Sie wirkt sich insbesondere nicht hemmend auf das Baubewilligungs- und anschliessende Rekursverfahren aus. Die Sperrwirkung der Planungszone beschränkt sich auf negative, präjudizierende Auswirkungen von Bauvorhaben auf die sich im Gang befindliche Planung. Damit ist vereinbar, geringfügige Abweichungen vom beantragten künftigen Recht zuzulassen. Für Vorhaben, die den Planungszweck nicht berühren, bleibt die bisherige Nutzungsordnung in Kraft. Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht also nach wie vor Anspruch auf Erteilung einer Baubewilligung (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 27 Zu Art. 27 RPG; BR 3/2008, S. 130). Beim Erlass der Planungszone legt die zuständige Gemeindebehörde deren Wirkung im Einzelnen fest (Art. 106 BauG). Planungszonen werden für längstens drei bzw. fünf Jahre bestimmt (Art. 107 BauG).

2.3. Die Frage nach dem öffentlichen Interesse an einer Planungszone bedarf eines doppelten Nachweises. Zum Einen braucht es ein öffentliches Interesse an einer Änderung der geltenden Nutzungsplanung, zum Anderen muss ein öffentliches Interesse an der Errichtung der Planungszone zur Sicherung des Revisionsvorhabens bestehen. Das öffentliche Interesse setzt im Einzelnen voraus, dass eine einigermaßen verfestigte und begründete Planungsabsicht besteht und dass die Vorstellung über die künftige Planung zulässig ist. Es versteht sich von selbst, dass der vorsorgliche Schutz für Massnahmen, die ihrerseits mit dem übergeordneten Recht oder der übergeordneten Planung im Widerspruch stehen, nicht im öffentlichen Interesse liegen kann. Weil es bei der Planungszone nur darum geht, jede negative Präjudizierung zu verhindern, dürfen die Anforderungen an den Erlass einer Planungszone nicht zu hoch gesetzt werden. Es genügt ein Entschluss des zuständigen Gemeinwesens, aus dem ein klar umrissener Wille auf Planänderung

hervorgeht. Einen rechtsförmlichen Beschluss oder gar Planentwürfe braucht es jedoch nicht (Waldmann/Hännli, A. A. O., N 12 FF. Zu Art. 27 RPG).

2.3.1. Die Vorinstanz begründet die aufgelegte Planungszone einzig mit dem Hinweis auf die «Änderung der Nutzungsplanung». Weil die Planung nicht im Verfahren der Festsetzung von Planungszonen verwirklicht werden soll, darf an die Konkretheit der Absicht kein strenger Massstab gelegt werden (Ruch, a. a. O., N 27 zu Art. 27 RPG). Das konkrete Planungsbedürfnis lässt sich daraus ableiten, dass das Baudepartement im Zusammenhang mit der Genehmigung des Zonenplans vom 31. März 2005 bemerkt hat, dass die Kernzonen A und B im Rahmen der vorliegenden Ortsplanrevision (noch) nicht überprüft worden seien und dass die Revision der Kernzonenbestimmungen bzw. der Erlass einer Altstadt-, Kulturgüter- und Ortsbildschutzverordnung später erfolgen müsse, weil dafür umfangreichere Abklärungen notwendig seien. Bis dahin würden die rechtskräftigen Ausscheidungen im Zonenplan und die Bestimmungen im Baureglement vom 16. März 1978 gelten.

2.3.2. [...]

2.3.3. Im Memopapier vom 20. Februar 2009 wurde festgehalten, dass künftig alle Gastronomienutzungen von der Hauptgasse her erschlossen werden sollten und dass das Sexgewerbe grundsätzlich auszuschliessen sei. Laut AREG ist es nicht ausgeschlossen, dass sich diese Nutzungsbeschränkungen mit einem Sondernutzungsplan umsetzen lassen. Demgegenüber ist es mit dem übergeordneten Recht nicht vereinbar, Vorhaben während der Zeit der Planungszone nur mit einem rechtskräftigen Überbauungs- und Gestaltungsplan zuzulassen. Dies würde auf eine Überbauungsplanpflicht hinauslaufen, was im Kanton St.Gallen ausgeschlossen ist. Gemäss Botschaft zum III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz wollte die Regierung zwar eine entsprechende Möglichkeit einführen (Art. 27bis; ABl 1994, S. 2256). Der Gesetzgeber hat die entsprechende Bestimmung aber ersatzlos gestrichen. Das Fehlen einer Überbauungsplanpflicht kommt daher einer bewusst negativen Antwort des Gesetzgebers gleich. Dieser hat mit andern Worten die Möglichkeit einer Überbauungsplanpflicht nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – entschieden (Häfelin/Müller/Uhlmann, allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, N 234). Die Planungszone H. steht damit mit dem geltenden Recht im Widerspruch, womit das öffentliche Interesse an ihr von vornherein entfällt.

5. Gewässerschutz

99

Art. 38 GSchG (SR 814.20). Fließgewässer dürfen grundsätzlich nicht eingedolt werden. Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 38 Abs. 2 GSchG vor, darf eine Ausnahmegewilligung nur erteilt werden, wenn die Gründe für eine Eindolung sich als gewichtiger erweisen als die entgegenstehenden raumplanerischen, wasserbaupolizeilichen, forstlichen, fischerei- und naturschutzrechtlichen Interessen.

Baudepartement, 29. Juni 2009

Sachverhalt:

Ein Grundeigentümer hatte ein offenes Fließgewässer in der Landwirtschaftszone, in dessen von Bäumen gesäumten Bachbett das anfallende Oberflächenwasser aus dem umliegenden Gelände abgeführt wird, auf einer Länge von etwa 10 m eingedolt. Er machte geltend, die ohne Baubewilligung ausgeführten Arbeiten seien betriebsnotwendig gewesen, da nur so ein gefahrloses Befahren dieses Grundstückteils gewährleistet werden könne. Der zuständige Gemeinderat verweigerte die nachträgliche Baubewilligung und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit Androhung der Ersatzvornahme für den Fall der Nichtbefolgung. Der gegen diesen Beschluss erhobene Rekurs wurde vom Baudepartement – in Übereinstimmung mit sämtlichen Stellungnahmen der ins Verfahren einbezogenen Fachstellen – abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3.3. Das TBA verweigerte der Eindolung und Aufschüttung in der wasserbaupolizeilichen Teilverfügung vom 28. Februar 2008 die Bewilligung gestützt auf Art. 38 GSchG.

3.3.1. Nach Art. 38 Abs. 1 GSchG dürfen Fließgewässer nicht überdeckt oder eingedolt werden. Die Behörde kann gestützt auf Abs. 2 Ausnahmen bewilligen für Hochwasserentlastungs- und Bewässerungskanäle (Bst. a), Verkehrsübergänge (Bst. b), Übergänge land- und forstwirtschaftlicher Güterwege (Bst. c), kleine Entwässerungsgräben mit zeitweiser Wasserführung (Bst. d) und den Ersatz bestehender Eindolungen und Überdeckungen, sofern eine offene Wasserführung nicht möglich ist oder für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt (Bst. e).

3.3.2. Der Rekurrent macht geltend, das Gutachten T. habe bestätigt, dass es sich beim fraglichen Gewässer um ein Rinnsal handle, dessen ökologischer Wert äusserst gering sei. Damit müsse von einem kleinen Entwässerungsgraben im Sinn von Art. 38 Abs. 2 Bst. d GSchG ausgegangen werden.

3.3.3. Zu klären ist, ob es sich beim Gewässer um einen Bach nach Art. 59 des Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt BauG) und damit um ein Fliessgewässer nach Art. 38 GSchG handelt. Als Bäche gelten alle oberirdisch fliessenden Gewässer, die öffentlichen Charakter im Sinn des Gesetzes über die Gewässernutzung (sGS 751.1; abgekürzt GNG) haben und nicht zu den Flüssen zählen (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 644). Das Gesetz über die Gewässernutzung umschreibt den Begriff des öffentlichen Bachs nicht, weshalb der Begriff durch Auslegung zu ermitteln ist. Vorab kann festgehalten werden, dass sich die Frage der Öffentlichkeit eines Gewässers nicht mit jener des Grundeigentums am fraglichen Gewässer deckt. Mit anderen Worten schliesst Privateigentum die Öffentlichkeit eines Gewässers nicht aus (E. Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, § 76 Rz. 1). Massgebend für die Bezeichnung eines Gewässers ist vielmehr dessen Funktion, Bedeutung und Ausdehnung (GVP 2008 Nr. 28; 1978 Nr. 62). Regelmässig wird ein vom Ursprungsgrundstück weggeleitetes und über mehrere Grundstücke führendes Gewässer als öffentlich bezeichnet. Ebenso kann ein Gewässer öffentlich sein, wenn das Gerinne, weil die Wasserführung von der Jahreszeit beziehungsweise von den Niederschlägen abhängt, nicht während 365 Tagen im Jahr Wasser führt, vielmehr im Sommer gelegentlich oder regelmässig austrocknet (Zimmerlin, a. a. O., § 76 Rz. 5). Im vorliegenden Fall entspringt das Gewässer unmittelbar unterhalb der Verbindungsstrasse Usserstadel-Riserhus. Es führt das Wasser der umliegenden Wiesen und der Strasse zuerst durch den Waldstreifen, dann über die Wiesen zum Weiler Ebnet ab und mündet schliesslich nach rund 1,8 km in den Hegibach. Auch wenn das Gerinne nicht ganzjährig Wasser führt, besteht kein Zweifel daran, dass es sich um einen Bach handelt. Insbesondere am Augenschein konnte festgestellt werden, dass sich im Waldstreifen ein eigentliches Bachbett natürlicher Prägung findet. Folgerichtig ist das Gewässer in der Karte Gewässernetz GN10 des Kantons St. Gallen auch als Bach verzeichnet. Daran vermag auch das Gutachten T. nichts zu ändern. Der ökologische Wert eines Gewässers bestimmt sich nicht allein danach, ob grössere Wassertiere darin Lebensraum finden. Ausserdem übersieht das Gutachten, dass durch die Eindolung eine Entfaltung neuen Lebensraums gerade vermöglicht wurde. Auch wenn es sich nur um ein Teilstück des gesamten Gewässers handelt, ist seine ökologische Bedeutung im Übergangsbereich von Wald in offene Wiesen nicht zu unterschätzen. Die Eindolung verstösst somit gegen Art. 38 Abs. 1 GSchG.

3.3.4. Zu prüfen ist, ob eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Die Ausnahmetatbestände nach Art. 38 Abs. 2 Bst. a, b und c GSchG scheiden von vornherein aus und werden vom Rekurrenten auch nicht angerufen. Der Ausnahmetatbestand nach Art. 38 Abs. 1 Bst. d GSchG entfällt, weil es sich beim Gewässer – wie ausgeführt – um einen Bach und nicht um einen kleinen Entwässerungsgraben handelt. Schliesslich greift auch der Ausnahmetatbestand nach Bst. e nicht. Diese Bestimmung ist nur anwendbar, wenn es um den Ersatz bestehender Eindolungen und

Überdeckungen geht. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, floss das Gewässer vor dem Eingriff doch unbestritten offen ab. Es handelt sich somit nicht um den Ersatz einer bestehenden, sondern um eine neue Eindolung, weshalb diese Ausnahmebestimmung keine Anwendung findet. Somit muss nicht geprüft werden, ob der ursprüngliche Zustand für die landwirtschaftliche Nutzung erhebliche Nachteile mit sich bringt.

3.4. Das Amt für Natur, Jagd und Fischerei verweigerte die nachträgliche Bewilligung mit fischereirechtlicher Verfügung vom 11. September 2009. Art. 8 des Bundesgesetzes über die Fischerei (SR 923.0; abgekürzt BGF) verlange für technische Eingriffe wie das Verlegen von Leitungen (Bst. c) in Fliessgewässer eine Bewilligung. Dabei seien alle Massnahmen vorzuschreiben, die geeignet seien, günstige Lebensbedingungen für die Wassertiere zu schaffen. Durch die Eindolung werde jedoch die Funktion des Gewässers als Lebensraum für Wassertiere zerstört. Das Bedürfnis des Rekurrenten nach Verbesserung der Sicherheit und zur Unfallverhütung könne auch durch andere Massnahmen erreicht werden.

3.4.1. Nach Art. 7 BGF sorgen die Kantone dafür, dass Bachläufe, Uferpartien und Wasservegetationen, die dem Laichen und dem Aufwachsen der Fische dienen, erhalten bleiben. Sie ergreifen nach Möglichkeit Massnahmen zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere zur lokalen Wiederherstellung zerstörter Lebensräume.

3.4.2. Mit der vorgenommenen Eindolung wird die Verbesserung der Lebensbedingungen der Wassertiere von vornherein verunmöglicht. Statt Lebensraum zu erhalten oder wieder herzustellen, wird solcher zerstört. Auch das Aufkommen einer erwünschten Ufervegetation wird verhindert. Die Bewilligung wurde deshalb auch aus fischereirechtlicher Sicht zu Recht verweigert.

3.5. Mit naturschutzrechtlicher Teilverfügung vom 28. September 2007 verweigerte die Abteilung Natur und Landschaftsschutz (heute Teil des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei) die Bewilligung. Die Eindolung und Aufschüttung führe zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des Gewässers als Schutzgegenstand und verunmögliche das Aufkommen einer Uferbestockung oder einer standortgerechten Bachvegetation. Überwiegende Gründe, die eine Ausnahmebewilligung rechtfertigen würden, seien nicht ersichtlich.

3.5.1. Nach Art. 98 BauG sind Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer als Schutzgegenstände zu erhalten. Nach Art. 21 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (SR 451; abgekürzt NHG) darf Ufervegetation weder gerodet noch überschüttet noch auf andere Weise zum Absterben gebracht werden. Die Kantone sorgen dafür, dass dort, wo Ufervegetation fehlt, eine solche angelegt wird oder zumindest die Voraussetzungen für deren Gedeihen geschaffen werden.

3.5.2. Sowohl die Eindolung als auch die Aufschüttung lassen sich mit den genannten Vorschriften nicht in Einklang bringen. Die gesetzlichen Bestrebungen verlangen im Gegenteil, dass Fliessgewässer wo möglich geöffnet statt überdeckt werden. Wo das Interesse am ungeschmäleren Erhalt von Schutzgegenständen mit anderen Interessen – wie hier mit Sicherheitsinteressen des Rekurrenten –

kollidiert, hat eine Interessenabwägung stattzufinden. In jedem Fall darf ein Eingriff in einen Schutzgegenstand nur soweit gehen, als es zur Erreichung entgegenstehender Interessen notwendig ist. Dieses Gebot wird durch die Eindolung missachtet, weil dem Sicherheitsbedürfnis des Rekurrenten auch mit weniger drastischen Massnahmen entsprochen werden kann.

3.6. Schliesslich verweigerte auch das Kantonsforstamt der Eindolung die Zustimmung, weil es die Vorschriften über den Waldabstand (Art. 58 BauG) verletze. Nach Art. 58 Abs. 1 Bst. b BauG gilt gegenüber Wäldern für Bauten und Anlagen ein Mindestabstand von 15 m. Der Bach wurde unmittelbar nach seinem Austritt aus dem Wald auf einer Länge von rund 10 m und damit innerhalb des Waldabstands eingedolt. Somit kann die Massnahme nur dann bewilligt werden, wenn hierfür ein Ausnahmegrund nach Art. 77 BauG vorhanden ist. Ein solcher ist nicht ersichtlich. Insbesondere liegt kein Härtefall im Sinn von Art. 77 Abs. 1 Bst. b BauG vor, kann doch dem Sicherheitsbedürfnis – wie bereits mehrfach erwähnt – auch mit milderen Massnahmen entsprochen werden.

3.7. Zusammenfassend ergibt sich in Bezug auf die Eindolung und die Aufschüttung, dass diese Arbeiten weder aus raumplanungs-, fischerei-, naturschutzrechtlicher, wasserbaupolizeilicher noch forstlicher Sicht bewilligungsfähig sind und die nachträgliche Bewilligung deshalb zu Recht verweigert wurde.

II. Zivilrecht

100

Art. 490 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 94 Abs. 1 und Art. 100 VRP (sGS 951.1); Nr. 30.03.01 GebT und Nr. 30.03.02 GebT (sGS 821.5). Die Gebührenerhebung für ein Inventar beruht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Die Gebühr darf nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen halten (Äquivalenzprinzip).

Departement des Innern, 6. Oktober 2009

Aus den Erwägungen:

2.1. (...) Nachfolgend ist somit zunächst zu überprüfen, ob die Gebührenerhebung dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für die Erhebung von öffent-

lichen Abgaben entspricht. In Berücksichtigung der Vorbringen der Rekurrenten wird nachfolgend untersucht, ob die Rechtsgrundlagen im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch, dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, der Verwaltungsgebührenverordnung und dem Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung dem Erfordernis der Gesetzesform (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung [SR 101; abgekürzt BV] und Art. 8 Abs. 1 der Kantonsverfassung [sGS 111.1; abgekürzt KV]) genügen.

2.2. (...) Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege umschreibt in Art. 94 Abs. 1 VRP den Kreis der Abgabepflichtigen und normiert den Anlass, der die objektive Gebührenpflicht auslöst, indem festgelegt wird, welche staatliche Verrichtung gegenüber dem Leistungsempfänger gebührenpflichtig ist. Es sind entweder Amtshandlungen zum eignen Vorteil oder Amtshandlungen, die durch das Verhalten eines Bürgers veranlasst werden (vgl. K. Vallender, Grundzüge des Kausalabgabeberechts, Gebühren – Vorzuglasten – Ersatzabgaben, Bern und Stuttgart 1976, S. 61). Unter dem Begriff «Amtshandlung» wird der Gegenstand der Erhebung einer Gebühr, d. h. das Abgabeobjekt, umschrieben. Darunter sind sämtliche amtlichen Verrichtungen einer Behörde zu verstehen. Dazu zählt neben dem Erlass von Verfügungen auch jedes tatsächliche Verwaltungshandeln, das nicht auf den Erlass einer Verfügung ausgerichtet ist (R. Hirt, Die Regelung nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, S. 44). Mit dem Verweis des Art. 11 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (sGS 911.1; abgekürzt EG zum ZGB) auf die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes werden auch die im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch genannten Amtshandlungen von der Gebührenerhebung erfasst. Dies bedeutet, dass die Anordnung und Aufnahme des Inventars bei Nacherbeneinsetzung durch die Amtsnotariate Grundlage für Gebührenerhebungen bildet (Art. 7 EG zum ZGB i.V. m. Art. 82 Abs. 3 EG zum ZGB). Damit besteht sowohl für das Subjekt als auch für das Objekt der Gebühr eine hinlängliche gesetzliche Grundlage (GVP 2003 Nr. 66, S. 202; GVP 1983 Nr. 84, S. 182 f.; GVP 1980 Nr. 1, S. 3).

Art. 94 Abs. 1 VRP regelt lediglich den Gegenstand der Gebühr sowie die Abgabepflichtigen. Die Grundzüge der Bemessung und die Tarife sind dagegen in Verordnungen verankert. Art. 100 VRP ermächtigt die Regierung zum Erlass eines Gebührentarifs. Gestützt darauf und in Ausführung von Art. 3 der Verwaltungsgebührenverordnung (sGS 821.1; abgekürzt VGV) erliess die Regierung den Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, der für das Inventar nach Art. 490 Abs. 1 ZGB in Nr. 30.03.01 GebT bis Nr. 30.03.03 GebT die geschuldeten Gebühren enthält. Die Festlegung der Gebührenhöhe in dem von der Regierung erlassenen Gebührentarif für die Kantons- und Gemeindeverwaltung – und nicht im delegierenden Erlass selbst – verletzt die von der Rechtsprechung verlangte hinreichende Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage nicht. Der Gebührenpflichtige kann sich bei der zur beurteilenden Verwaltungsgebühr auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip berufen. In ihrer Höhe und Bemessung ist die Gebühr für das

Inventar bei Nacherbeneinsetzung durch diese verfassungsmässigen Grundsätze begrenzt. Auf eine formell-gesetzliche Regelung der Bemessungsgrundlagen kann daher verzichtet werden (vgl. GVP 2003 Nr. 66, S. 202; GVP 1983 Nr. 84, S. 183 f; GVP 1982 Nr. 2, S. 3 f.).

Dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist vorliegend somit hinreichend Rechnung getragen. Die strittige Gebühr vermag vor dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit Stand zu halten.

(...)

4.2. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 8 BV, Art. 9 BV, Art. 2 Bst. c KV und Art. 8 Abs. 2 KV) für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Bei der Festsetzung von Verwaltungsgebühren darf deshalb innerhalb eines gewissen Rahmens auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt Rechnung getragen werden (BGE 130 III 228; BGE 126 I 188 und 191). Bei Gerichtsgebühren darf namentlich der Streitwert eine massgebende Rolle spielen, wobei dem Gemeinwesen nicht verwehrt ist, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen (BGE 130 III 228; BGE 120 Ia 174 und 177 f.). In Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwands nicht erlaubt, kann die Belastung allerdings unverhältnismässig werden, namentlich dann, wenn die Gebühr in Prozenten oder Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt (BGE 130 III 229; vgl. BGE 126 I 193).

4.3. Das Amtsnotariat hat bei einer Nacherbeneinsetzung eine Inventaraufnahme anzuordnen (Art. 490 Abs. 1 ZGB). Dies erfasst das Zusammentragen aller beim Erbgang vorhandenen Vermögenswerte, die Erstellung sowie die Eröffnung des Nacherbeninventars.

Wird die Gebühr von der Höhe des Teilungsvermögens vor Ausscheidung güterrechtlicher Ansprüche pauschalisiert, indem die Gebühr prozentual von der Höhe des Teilungsvermögens (vor Ausscheidung der güterrechtlichen Ansprüche) bemessen wird, so trägt dies dem Umstand Rechnung, dass normalerweise der Arbeitsaufwand und die Verantwortung des Amtsnotariates von der Grösse des Vermögens abhängen. Obwohl das Teilungsvermögen als Berechnungsgrundlage einen Ausgleich zwischen mehr und weniger bedeutsamen Geschäften des Amtsnotariates herbeizu-

führen vermag, darf bei einem hohen Teilungsvermögen nicht allein darauf abgestellt werden und eine prozentuale Gebühr ohne betragsmässige Begrenzung erhoben werden. Dies kann zu einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung des Amtsnotariates führen, wenn der Aufwand für die Inventaraufnahme gering ist und das Teilungsvermögen hoch ist. Da eine Gebührenerhebung mit einer nach oben offenen Prozent- bzw. Promillegebühr nicht von vornherein verfassungswidrig ist, ist im vorliegenden Fall abzuklären, ob mit der Gebührenerhebung nach Nr. 30.03.01 GebT und Nr. 30.03.02 GebT dem Äquivalenzprinzip im Sinn der vorstehenden Erwägungen Rechnung getragen wurde.

4.4. (...) Bei dieser Sachlage kann – insbesondere vor dem Hintergrund, dass die sich im Vermögen des Ehepaars Y. befindlichen Aktien an der X. AG [im Inventar] fehlerhaft aufgeführt worden sind – im vorliegenden Fall nicht von einem erheblichen Zeitaufwand ausgegangen werden. Die Inventaraufnahme dürfte rund einen Arbeitstag in Anspruch genommen haben.

Was den von den Rekurrenten erwähnten Gewährsausschluss betrifft, so ist zu beachten, dass mit dem Inventar nicht die Vermutung verbunden werden darf, die darin aufgeführten Aktiven gehören tatsächlich zum Nachlass bzw. nicht aufgeführten Aktiven gehören nicht zum Nachlass. Genauso begründet es nicht die Vermutung, dass die im Inventar aufgeführten Passiven nach Bestand und Umfang richtig sind. Die Schätzung der Vermögenswerte hat keine materielle Wirkung (M. Karer, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007, N16 zu Art. 553 ZGB). Demzufolge konnte das Amtsnotariat diesbezüglich auch keine Gewähr übernehmen, weshalb dies auf die Gebührenbemessung keinen Einfluss nehmen darf. Immerhin trägt das Amtsnotariat für die richtige und vollständige Aufnahme des Inventars die Verantwortung. Insoweit war vorliegend mit der Inventaraufnahme mit Blick auf die Höhe des Vermögens des Ehepaars Y. eine staatliche Verantwortung von einem gewissen Gewicht verbunden (vgl. Verantwortlichkeitsgesetz [SR 161.1; abgekürzt VG]).

(...)

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich entsprechend der Vorgaben des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung eine Grundgebühr von Fr. 500.– (Nr. 30.03.01 GebT), ein Zuschlag von Fr. 46'168.50 (Nr. 30.03.02 GebT) und Barauslagen von Fr. 150.10 (Art. 94 Abs. 1 VRP, Art. 5 VGV und Art. 7 VGV), d. h. insgesamt Fr. 46'818.60, ergäben. Die Inventaraufnahme war zwar aufgrund des hohen Vermögens des Ehepaars Y. mit grosser Verantwortung verbunden. In Anbetracht des Arbeitsaufwands des Amtsnotariates und des überschaubaren Nutzens für die Vor- und Nacherben ist jedoch für das vorliegende Inventar eine Herabsetzung der Gebühren auf Fr. 4500.– für Grundgebühr und Zuschlag angemessen. Hinzu kommen die – von den Rekurrenten nicht angezweifelte und hinsichtlich der ausgeführten Tätigkeiten glaubhaften – Barauslagen von Fr. 150.10 (Art. 94 Abs. 1 VRP, Art. 5 und 7 VGV). Die Gebühren in Ziffer 2 der Verfügung des Amtsnotariates werden somit auf gesamthaft Fr. 4650.10 herabgesetzt. (...)

101

Art. 27 und Art. 78 IPRG (SR 291); Art. 28 PartG (SR 211.231). Adoptiert ein gleichgeschlechtliches Paar im Ausland rechtmässig ein Kind, so liegt kein Verstoss gegen den schweizerischen *Ordre public* vor. Eine solche Adoption ist daher in der Schweiz anzuerkennen und im schweizerischen Zivilstandsregister (Infostar) einzutragen.

Departement des Innern, 5. Oktober 2009

Aus den Erwägungen:

3.1. Nachfolgend bestritten und demnach zu prüfen ist, ob die in Los Angeles CA, USA, erfolgte Adoption von A. durch X. und Y., welche in einer eingetragenen Partnerschaft leben, für den schweizerischen Rechtsbereich anzuerkennen ist und somit in das schweizerische Zivilstandsregister (Infostar) einzutragen ist. Vorweg kann festgehalten werden, dass die Rechtmässigkeit der Adoption am derzeitigen Wohnsitz des Rekurrenten in Los Angeles CA, USA, unbestritten ist. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Rekurrent und Y. in einer – sowohl in den USA als auch in der Schweiz – rechtmässig eingetragenen Partnerschaft leben.

3.2. Nach Art. 32 IPRG wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen. Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen von Art. 25 bis 27 IPRG erfüllt sind. Kantonale Aufsichtsbehörde ist das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand (Art. 4 der Zivilstandsverordnung, sGS 912.1; abgekürzt ZStV).

3.3. (...)

3.4. Ob registrierte Partner ein Kind adoptieren dürfen, sagt das Adoptionsstatut des Art. 77 Abs. 1 IPRG, also für eine Inlandsadoption das inländische Sachrecht. Danach ist eine Adoption unzulässig (Art. 28 PartG). Ist ein Kind von Partnern mit ausländischem Wohnsitz im Ausland adoptiert worden, so beurteilt sich diese Adoption nach Art. 78 IPRG. Nach Art. 78 Abs. 1 IPRG werden ausländische Adoptionen in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Person oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind. Dass nach schweizerischem Recht eine Adoption unzulässig gewesen wäre, hindert nicht daran, eine von einer zuständigen ausländischen Instanz ausgesprochenen Adoption im Inland anzuerkennen. Es ist lediglich danach zu fragen, ob die Adoption eine Volladoption ist oder nur eine schwache Adoption, die nach Art. 78 Abs. 2 IPRG zu beurteilen ist (Kurt Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002, S. 75). Vorliegend kann zweifelsohne davon ausgegangen werden, dass es sich um eine Volladoption – also eine Adoption, durch welche das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und seinen natürlichen Eltern ersetzt wird durch das Verhältnis zwischen dem Kind und seinen Adoptiveltern – handelt.

Die Botschaft zum PartG vom 29. November 2002 (BBI 2003, 1288 ff.) hält unter dem Titel «Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)» unmissverständlich fest, es sei zu beachten, «dass die eingetragene Partnerschaft zumindest teilweise nicht die gleichen Wirkungen wie die Ehe entfaltet. Namentlich ist keine Adoption möglich. [...] Artikel 77 IPRG stellt klar, dass die Voraussetzungen der Adoption in der Schweiz immer dem schweizerischen Recht unterstehen. Haben dagegen eingetragene Partnerinnen oder Partner im Ausland nach ausländischem Recht ein Kind adoptiert, so muss diese Adoption, die Einfluss auf das Kindesverhältnis zu den leiblichen Eltern hat, unter den Voraussetzungen von Artikel 78 IPRG oder des für die Schweiz am 1. Januar 2003 in Kraft tretenden Haager Übereinkommens vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (Haager Adoptionsübereinkommen, HAÜ) anerkannt werden.» (BBI 2003, 1359).

Im vorliegenden Fall sind die vorstehend ausgeführten Voraussetzungen alleamt gegeben. Die Adoption wurde im Ausland von der dafür zuständigen ausländischen Behörde für den ausländischen Staat rechtsgültig ausgesprochen und am Wohnsitz des Rekurrenten und seines Partners Y. in Los Angeles CA, USA, anerkannt. Der Rekurrent und Y., welche in einer eingetragenen Partnerschaft leben, hatten zu jedem für die Adoption relevanten Zeitpunkt Wohnsitz in den USA. Ebenso hatte die Adoption Einfluss auf das Verhältnis zu den leiblichen Eltern, dergestalt, dass die Mutter offenbar sämtliche Rechte und Pflichten hinsichtlich des Kindes aufgegeben hat und auch seit längerer Zeit keinen Kontakt mehr zum Kind bzw. zu dessen Adoptiveltern pflegt. Aufgrund der Akten ist – wie bereits erwähnt – davon auszugehen, dass kein Kindesverhältnis zu den leiblichen Eltern mehr besteht. Diese Fakten lassen kein anderes Resultat zu, als die Adoption für die Schweiz anzuerkennen.

4. (...)

4.2. Die Anerkennung eines ausländischen Entscheids bildet die Regel. Nach Art. 27 Abs. 1 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz ausnahmsweise nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre. Art. 27 IPRG ist nur mit grosser Zurückhaltung, d. h. nur gegenüber wirklich stossenden Entscheiden anzuwenden. In welchen Fällen der Vorbehalt von Art. 27 Abs. 1 IPRG zur Anwendung kommt, lässt sich nicht allgemein festlegen, sondern kann nur anhand des konkreten Falls beurteilt werden. Dabei kommt es auf das konkrete Ergebnis an, das die Anerkennung für die Schweiz zur Folge hätte (Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, S. 380 ff.).

4.3. Die Tatsache, dass Art. 28 PartG die Adoption für gleichgeschlechtliche Paare verbietet, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass eine Anerkennung einer im Ausland rechtskonform erfolgten Adoption in der Schweiz gegen den schweizerischen Ordre public verstösst und damit das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt. Die Anerkennung der ausländischen Adoption bedeutet,

dass die Schweiz die im Ausland rechtmässig erfolgte Adoption bzw. die in den USA bereits seit Jahren gelebte Lebensrealität der Familie X. Y. akzeptiert und damit dem Kind A. die Möglichkeit verschafft, auch in der Schweiz das Kind ihrer – in den USA bereits seit Jahren rechtmässig anerkannten – Eltern zu sein. Würde die Adoption in der Schweiz nicht anerkannt und nähme die Familie X. Y. Wohnsitz in der Schweiz, bedeutete das für das Kind, dass es in der Schweiz rechtlich keine Eltern (mehr) hätte, denn das Kindesverhältnis zu den leiblichen Eltern besteht nicht mehr bzw. wurde (durch Adoption in den USA) ersetzt durch jenes zum Rekurrenten und seinem Partner.

Selbst wenn man (...) die Botschaft zum PartG nicht als rechtsetzend ansieht, spricht die Tatsache, dass in der Botschaft explizit darauf hingewiesen wird, dass wenn «eingetragene Partnerinnen oder Partner im Ausland nach ausländischem Recht ein Kind adoptiert haben, diese Adoption [...] anerkannt werden muss» (BBl 2003, 1359), dafür, dass dies nicht grundlegenden schweizerischen Rechtsüberzeugungen und damit dem schweizerischen Ordre public widerspricht. Andernfalls hätte der Bundesrat in seiner Botschaft wohl kaum ausdrücklich auf diese Konstellation hingewiesen. Ein Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public ist demnach nicht gegeben (so auch: David Urwyler/Sonja Hauser, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 78 Rz. 17).

III. Rechtspflege

102

Art. 85 GerG (sGS 941.1). Wird die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses zu wenig beachtet und aus Nachlässigkeit verpasst, rechtfertigt sich die Wiederherstellung dieser Frist auch dann nicht, wenn die Rekursergänzung rechtzeitig eingereicht wurde.

Baudepartement, 16. Dezember 2009

Sachverhalt:

Auf Gesuch hin wurde den Rekurrenten mit eingeschriebenem Brief die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses sowie zur Einreichung der Rekursergänzung erstreckt. Gleichzeitig wurde unter Verweis auf Art. 96 Abs. 2 VRP darauf hingewiesen, dass der Rekurs abgeschlossen werde, wenn der Kostenvorschuss nicht innert Frist geleistet werde. Die Rekursbegründung wurde innerhalb der erstreck-

ten Frist eingereicht. Der Kostenvorschuss dagegen wurde erst vier Tage nach Fristablauf geleistet. In der Folge stellten die Rekurrenten ein Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Zahlungsfrist, welches das Baudepartement ablehnte.

Aus den Erwägungen:

3.2. Das VRP regelt die Frage der Wiederherstellung einer versäumten Frist nicht. Nach Art. 30 VRP ist für die Frage der Zeitbestimmung das GerG massgebend. Die Bestimmungen sind aufgrund des Sachzusammenhangs nach ständiger Praxis auch für die Frage der Wiederherstellung im Verwaltungsverfahren anzuwenden (GVP 1989 Nr. 82). Ein Wiederherstellungsgesuch ist daher in diesem Verfahren grundsätzlich zulässig (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, 2. Auflage, St.Gallen 2004, Rz. 1143). Nach Art. 86 GerG entscheidet diejenige Instanz über das Gesuch, bei der die Frist versäumt wurde. Das Gesuch ist innert zehn Tagen, nachdem das Hindernis weggefallen oder der Versäumnisentscheid eröffnet worden ist, schriftlich einzureichen (Art. 87 Abs. 1 GerG). Den Rekurrenten wurde der verspätete Eingang des Kostenvorschusses mit Schreiben vom 27. Oktober 2009 angezeigt, worauf sie innert Frist formgerecht das Gesuch um Wiederherstellung stellten. Auf das Gesuch ist einzutreten.

3.3. In materieller Hinsicht setzt die Wiederherstellung einer versäumten Frist nach Art. 85 Abs. 1 GerG in Verbindung mit Art. 30 VRP voraus, dass der Säumige ein unverschuldetes Hindernis als Ursache der Säumnis glaubhaft macht. Die Wiederherstellung kann angeordnet werden, wenn den Säumigen ein leichtes Verschulden trifft oder wenn der Verfahrensgegner zustimmt (Art. 85 Abs. 2 GerG). Damit die angesetzten Fristen ihre Wirkung entfalten können und die Rechtssicherheit nicht in Frage gestellt wird, müssen Gesuche um Wiederherstellung der Frist nach strengen Kriterien beurteilt werden. Unter einem unverschuldeten Hindernis als Säumnisursache versteht die Praxis einen Umstand, den der Säumige nicht zu vertreten hat. Gemeint sind objektive und subjektive Unmöglichkeiten der Fristeinhaltung. Darunter fallen insbesondere eine plötzliche, schwere Erkrankung des Betroffenen, pflichtwidriges Verhalten der Post, Einreiseschwierigkeiten, Epidemien oder Katastrophenfälle. Solche Voraussetzungen sind in der Praxis selten der Grund für eine Verspätung, weshalb dieser Bestimmung wenig praktische Bedeutung zukommt. Leichtes Verschulden wird demgegenüber verneint, wenn ein Betroffener vergisst, die vorbereitete Eingabe der Post zum Versand zu übergeben, den Klienten nicht instruiert, wenn er ihm die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses übergibt oder wenn er wegen grossen Arbeitsanfalls die Fristenkontrolle vernachlässigt (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 1139 ff.).

3.4. Der Vertreter der Rekurrenten führt aus, er habe aus Versehen nicht kontrolliert, ob der Kostenvorschuss geleistet worden sei. Erst beim Aufräumen des Dossiers einige Tage später habe er bemerkt, dass nicht nur die Rekursbegründung eingereicht, sondern auch der Kostenvorschuss spätestens gleichentags von ihm oder seiner Klientschaft hätte bezahlt werden müssen. Mit der fristgerechten

Einreichung der Rekursbegründung habe er jedoch deutlich gemacht, am Rekurs festhalten zu wollen. Zweifellos liege im Umstand, dass der Kostenvorschuss aus Versehen und nur einige Tage verspätet bezahlt worden sei, ein entschuldigbarer Grund, der die Wiederherstellung rechtfertige. Eine andere Haltung würde eindeutig gegen das verfassungsrechtliche Verbot des überspitzten Formalismus und Art. 6 Ziff. 1 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101; abgekürzt EMRK) verstossen.

3.4.1. Aufgrund von Nachforschungen des zuständigen Sachbearbeiters und den Ausführungen des Vertreters der Rekurrenten steht fest, dass die Aufforderungen vom 28. August bzw. 17. September 2009 zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 1000.– beim Vertreter der Rekurrenten eingegangen sind. Somit ist offenkundig, dass grundsätzlich ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit bestanden hätte, den Kostenvorschuss fristgerecht bis 12. Oktober 2009 zu leisten. Die vom Vertreter der Rekurrenten dargelegten Gründe machen deutlich, dass er offenbar die Zahlungsfrist nur ungenügend beachtete bzw. seine Klientschaft über die Bedeutung der Zahlungsfrist nicht ausreichend informiert war. Dass die Rekurrenten grundsätzlich zahlungswillig gewesen sind und auch (verspätet) noch bezahlt haben, vermag nichts am Umstand zu ändern, dass es ihnen bzw. ihrem Vertreter bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt ohne Weiteres möglich gewesen wäre, den Kostenvorschuss fristgerecht zu leisten. Auch die Tatsache, dass die Rekursbegründung fristgerecht eingereicht wurde, ändert daran nichts, denn sowohl die rechtzeitige Rekursbegründung (Art. 48 Abs. 3 VRP) als auch die fristgerechte Zahlung des Kostenvorschusses (Art. 96 Abs. 2 VRP) sind zwei voneinander unabhängige Voraussetzungen, damit auf einen Rekurs eingetreten werden kann.

3.4.2. Sodann greift der Einwand des überspitzten Formalismus nicht. Überspitzter Formalismus ist ein Fall formeller Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn sich die strikte Anwendung von Verfahrensregeln durch kein schutzwürdiges Interesse rechtfertigen lässt, wenn sie blosser Selbstzweck ist und somit die Anwendung des materiellen Rechts unnötig kompliziert oder den Zugang zur Rechtspflege übermässig einschränkt. Prozessuale Formen sind jedoch unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten (BGE 134 II 248). Gerade Fristen haben für einen geordneten Verfahrensablauf eine zentrale Bedeutung, weshalb nicht davon gesprochen werden kann, sie seien durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt oder blosser Selbstzweck. Inwiefern letztlich ein Nichteintreten auf ein Rechtsmittel wegen verschuldetem Fristversäumnis eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sein soll, wird von den Rekurrenten weder begründet noch ist ein Grund ersichtlich.

3.5. Zusammenfassend können die vorgebrachten Hinderungsgründe nicht als unverschuldet bezeichnet werden. Die Säumigen haben eine Nachlässigkeit zu verantworten, die – entgegen der Ansicht des Vertreters der Rekurrenten – nicht mehr als leichtes Verschulden qualifiziert werden kann. Die Rekursgegnerin sprach sich

zudem in ihrer Eingabe vom 18. November 2009 gegen die beantragte Wiederherstellung der versäumten Frist aus. Das Gesuch um Wiederherstellung ist daher abzuweisen.