

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

129

Art. 8 Abs. 4 und Art. 19 BV (SR 101); Art. 20 BehiG (SR 151.3); Art. 34 ff. VSG (sGS 213.1). Die Kantone haben grundsätzlich mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder in die Regelschule zu fördern. Die Schulträger sind aber weder von Verfassungs wegen noch aufgrund der einschlägigen Gesetzgebung von Bund und Kanton verpflichtet, Kinder mit ausgewiesener Sonderschulbedürftigkeit in der Regelschule zu beschulen, wenn dies mit dem Wohl des betreffenden Kindes nicht vereinbar wäre oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand bzw. mit dem Risiko einer Gefährdung des verfassungsmässigen Anspruchs der übrigen Schülerinnen und Schüler auf einen ausreichenden Grundschulunterricht möglich ist.

Präsident des Erziehungsrates, 29. Juli 2010

A. wurde im Sommer 2008 in den ersten Regelkindergarten in Z. eingeschult. Bei einer ersten schulpsychologischen Abklärung im Herbst 2008 zeigten sich bei A. eine Wahrnehmungsstörung sowie erhebliche Entwicklungsrückstände in verschiedenen Bereichen. Der Schulpsychologische Dienst (SPD) hielt fest, A. bedürfe einer intensiven und individuellen Förderung und Begleitung, wie sie im Regelkindergarten ohne zusätzliche Unterstützung nicht möglich sei. Den Eltern sei es aber wichtig, dass A. den Kindergarten mit den anderen Kindern aus Z. besuchen könne. Auf Antrag des SPD bewilligte der Schulrat Z. deshalb die Begleitung von A. durch eine zweite Lehrperson während drei Schulmorgen. Trotz Befürchtungen, dass A. den zunehmenden Anforderungen nicht gewachsen sein könnte und durch die ständigen Misserfolge in ihrer emotionalen Befindlichkeit beeinträchtigt werden könnte, wurde diese Massnahme für das zweite Kindergartenjahr verlängert.

Im Januar 2010 hielt das Ostschweizer Kinderspital fest, bei A. bestehe eine allgemeine Entwicklungsverzögerung. In kognitiven Tests habe sie in allen Untertests Leistungen entsprechend einem Kind von vier bis viereinhalb Jahren gezeigt. Auch

wenn A. im Vergleich zu den Voruntersuchungen in ihrem Rahmen und ihrem Tempo kontinuierliche Fortschritte zeige, werde die Distanz zu den Gleichaltrigen immer deutlicher. Dass A. den Entwicklungsrückstand aufhole, sei eher nicht zu erwarten. Wichtig sei, dass A. entsprechend ihren Fähigkeiten gefördert und gefordert werde. Der SPD beantragte im März 2010 die Beschulung von A. in einer Sonderschule. Bei A. sei eine kognitive Beeinträchtigung im Sinn der Schulbildungsfähigkeit im Rahmen einer Heilpädagogischen Schule (HPS) gegeben. A. benötige eine intensive und individuelle Unterstützung in einer Kleingruppe. Der sehr hohe Förderbedarf könne von der öffentlichen Volksschule nicht abgedeckt werden. Der Schulrat Z. verfügte im April 2010 die Sonderschulung von A. ab dem Schuljahr 2010/11. Gegen diese Verfügung erhoben die Eltern Rekurs beim Erziehungsrat und beantragten, A. sei im Schuljahr 2010/11 in der Einführungsstufe zu beschulen und dort entsprechend zu unterstützen. Die HPS biete kein optimales soziales Umfeld für A., weil bei ihr nie eine Behinderung oder Verhaltensstörung diagnostiziert worden sei.

Aus den Erwägungen:

3. a) Das im Kanton St.Gallen wohnhafte Kind hat das Recht und die Pflicht, jene Schule zu besuchen, die seinen Fähigkeiten entspricht und deren Anforderungen es erfüllt (Art. 51 VSG). Nach Art. 34 ff. VSG sind für Schülerinnen und Schüler mit ausgewiesenem Bedarf Therapien oder Stützunterricht beim Besuch der Regelklasse, der Besuch einer Kleinklasse oder die Sonderschulung anzuordnen. Nach Art. 37 Abs. 1 VSG ist der Besuch einer Sonderschule für behinderte Kinder vorgesehen, die nicht in Regel- oder Kleinklassen beschult werden können.

Soweit dies möglich ist und dem Wohl des Kindes dient, haben die Kantone gemäss Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, SR 151.3, abgekürzt BehiG) mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder in die Regelschule zu fördern. Den Kantonen steht bei der Ausgestaltung des Grundschulwesens und damit auch der Sonderpädagogik ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesgericht hat insbesondere festgehalten, dass eine behinderungsbedingte Nichteinschulung in die Regelschule nach Massgabe des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der effektiven Möglichkeiten der Regelschule mit dem Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 4 der Bundesverfassung, SR 101) und dem Behindertengleichstellungsgesetz vereinbar sein könne (BGE 130 I 352). Die Sonderpädagogik im Kanton St.Gallen ist nach dem Gesagten (vorstehender Absatz) dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet. Die Gemeinden sind nach kantonalem Recht gehalten, soweit als möglich integrative und nur soweit als nötig separate Massnahmen zu ergreifen (Art. 7 der Verordnung über den Volksschulunterricht, sGS 213.12, abgekürzt VVU). Ausserdem haben sie jährlich die Rückversetzung von Schülerinnen und Schülern der Kleinklasse in die Regelklasse und von Schülerinnen und Schülern der Sonderschule in die

Kleinklasse oder in die Regelklasse zu prüfen (Art. 40 VSG). Die Fördermassnahmen (Art. 34 ff. VSG) sind so ausgestaltet, dass möglichst viele Schülerinnen und Schüler mit besonderem Förderbedarf die Regelschule (Regel- oder Kleinklasse) besuchen können. Die Schulträger sind aber weder von Verfassungs wegen noch aufgrund der einschlägigen Gesetzgebung von Bund und Kanton verpflichtet, Kinder mit ausgewiesener Sonderschulbedürftigkeit in der Regelschule zu beschulen, wenn dies mit dem Wohl des betreffenden Kindes nicht vereinbar wäre oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand bzw. mit dem Risiko einer Gefährdung des verfassungsmässigen Anspruchs der übrigen Schülerinnen und Schüler auf einen ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) möglich ist (vgl. nachstehend Bst. c). In der St.Galler Volksschul-Gesetzgebung fehlt im Gegenteil eine Grundlage für die Integration lernbehinderter, grundsätzlich sonderschulbedürftiger Kinder in die Regelschule. Die integrative Schulungsform ist innerhalb der Regelschule für nicht sonderschulbedürftige Kinder (Unterstützung insbesondere mit Schulischer Heilpädagogik als integrierte Schülerförderung [ISF] an Stelle des Besuchs einer Kleinklasse), nicht aber zwischen Sonderschule und Regelschule für sonderschulbedürftige Kinder zulässig. Soweit Kinder mit (Körper- oder Sinnes-)Behinderung in der Regelschule unterrichtet werden, liegt keine Lernbehinderung und somit keine Sonderschulbedürftigkeit, sondern eine nichtschulische Beratungs- und Unterstützungsbedürftigkeit vor.

b) Das Einschulungsjahr ist ein Übergangsjahr zwischen dem Kindergarten und der ersten Klasse. Nach diesem Jahr erfolgt in der Regel der Übertritt in die erste Klasse. Im Einschulungsjahr werden Kinder unterrichtet, die schulisches Interesse aufweisen, aber zum Zeitpunkt der Einschulung auf Grund ihrer Entwicklungsverzögerung, des sozialen Umfeldes oder der Anforderungen der ersten Regelklasse erst teilweise schulfähig sind. Ziel des Einschulungsjahres ist das Erreichen der Schulfähigkeit für die Regelschule und somit die Eingliederung in die erste Klasse (Konzept Fördernde Massnahmen in der Volksschule vom 9. Februar 2006, vgl.: [http://www.schule.sg.ch/home/volksschule/unterricht/foerderangebote/unterstuetzungsangebote.Par.0029.DownloadListPar.0037.File.tmp/2 Prozent20Massnahmen.pdf](http://www.schule.sg.ch/home/volksschule/unterricht/foerderangebote/unterstuetzungsangebote.Par.0029.DownloadListPar.0037.File.tmp/2%20Prozent20Massnahmen.pdf)). Dem Einschulungsjahr sind im Interesse aller Schülerinnen und Schüler dieser Klasse nur Kinder zuzuweisen, welche dieses Ziel voraussichtlich erreichen können.

c) Bei der Anordnung von fördernden Massnahmen nach Art. 34 ff. VSG ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Dieser fordert, dass die Massnahme zur Verwirklichung ihres Ziels geeignet und notwendig ist. Überdies muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Betroffenen durch die Massnahme auferlegt werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 581 f.). Im Bereich der fördernden Massnahmen nach Art. 34 ff. VSG ist unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob die vorgesehene Massnahme geeignet und notwendig ist, das Kind nach seinen Fähigkeiten und Bedürfnissen bestmöglich

bzw. besser als ohne die Massnahme zu fördern; sind für die entsprechend qualifizierte Förderung eines Kindes verschiedene zielführende Massnahmen denkbar, ist die für das Kind am wenigsten einschneidende Massnahme anzuordnen. Im Übrigen ist den Auswirkungen der Beschulung auf das Umfeld des Kindes (Klasse, d. h. Mitschülerinnen und -schüler sowie Lehrpersonen; Familie) Rechnung zu tragen.

4. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz für A. zu Recht die Sonderschulung angeordnet hat.

a) Der SPD hat bereits in seinem ersten Gutachten vom 20. Oktober 2008 festgehalten, das Lernen sei für A. wegen den motorischen Schwierigkeiten sowie vor allem den Rückständen in der kognitiven Entwicklung und in verschiedenen Wahrnehmungsbereichen eine grosse Herausforderung. Es dürfe nicht zugewartet werden, bis A. die nötigen Schritte in ihrem kognitiven Denken selbstständig mache. Vielmehr müsse ihr eine intensive und individuelle Förderung und Begleitung zukommen, damit sie Neues dazu lernen könne. Bereits zum damaligen Zeitpunkt wurde eine Beschulung von A. in der HPS in Erwägung gezogen. Auf Wunsch der Eltern wurde A. trotz ihrer grundsätzlich bestehenden Sonderschulbedürftigkeit weiterhin im Regelkindergarten beschult. Damit dies möglich war, bewilligte die Vorinstanz grosszügig zusätzliche Förderlektionen von A. Auf das zweite Kindergartenjahr hin wurde eine Beschulung in der HPS erneut thematisiert. Trotz den Bedenken der Kindergärtnerinnen wurde dem Wunsch der Eltern, A. sei mit zusätzlichen Förderlektionen weiterhin im Regelkindergarten zu beschulen, stattgegeben.

Gemäss Bericht des Ostschweizer Kinderspitals vom 26. Januar 2010 bestehen bei A. eine allgemeine Entwicklungsverzögerung sowie Schwierigkeiten im motorischen Bereich und in der Wahrnehmung. A. habe im kognitiven Bereich Leistungen einer vier- bis viereinhalb Jährigen gezeigt. Der aktive Wortschatz liege an der untersten Normgrenze. Im Untertest «Allgemeines Wissen» entsprächen die Fähigkeiten von A. einer fünfeinhalb Jährigen. Auch wenn A. in ihrem Rahmen und ihrem Tempo kontinuierliche Fortschritte mache, werde die Distanz zu Gleichaltrigen immer deutlicher. Dass A. die Entwicklungsrückstände aufhole, sei nicht zu erwarten. Der SPD hielt in seinem aktuellsten Bericht vom 26. März 2010 fest, bei A. liege aufgrund der Untersuchungsergebnisse des Kinderspitals eine kognitive Beeinträchtigung im Sinne der Schulbildungsfähigkeit im Rahmen einer HPS vor. Der sehr hohe Förderbedarf von A. könne von der Volksschule nicht abgedeckt werden. Gegenüber dem erziehungsrätlichen Experten hielt die Schulpsychologin fest, im Hinblick auf die weitere Entwicklung von A. sei jetzt der richtige Zeitpunkt für einen Übertritt in die HPS. Das Einschulungsjahr biete nicht den geeigneten Rahmen und könne keine ausreichende Unterstützung für A. gewährleisten.

Damit ist aufgrund der Abklärungsergebnisse der involvierten Fachpersonen erstellt, dass A. in der kognitiven Entwicklung Rückstände von über zwei Jahren aufweist. Eine zielgerichtete Förderung von A. in der Regelschule ist aufgrund ihres hohen Förderbedarfs nicht möglich. A. benötigt für ihre weitere Entwicklung die individuelle und ganzheitliche Förderung und Betreuung im Rahmen einer kleinen

Gruppe bzw. teilweise auch der Einzelförderung. Diese Bedürfnisse können nur mit der Beschulung in einer HPS erfüllt werden.

Ziel des Einschulungsjahres ist die spätere Eingliederung in die erste Regelklasse (vorstehend Ziff. 3 Bst. b). Die Rekurrenten gehen selbst – wie die Vorinstanz und die involvierten Fachpersonen – davon aus, dass eine Eingliederung von A. in die Regelklasse in einem Jahr nicht möglich sein wird. Die von ihnen beantragte Beschulung im Einschulungsjahr wäre somit nur ein Aufschub einer erwiesenermassen nötigen Massnahme um ein weiteres Jahr, während dem A. aufgrund der Kapazitäten der Regelschule zudem nicht ihren Bedürfnissen entsprechend gefördert werden könnte. Sie wäre keine zielorientierte und damit keine geeignete fördernde Massnahme, sondern würde im Ergebnis auf eine «informelle» Sonderschulintegration hinaus laufen, die vom St.Galler Gesetz nicht vorgesehen ist (vorstehend Ziff. 3 Bst. a) und für die entsprechend das aufwändige Instrumentarium fehlt. Der Artikel im St.Galler Tagblatt, auf den die Rekurrenten zur Begründung ihres Antrages Bezug nehmen, berichtet über einen auf zwei Jahre befristeten und bezüglich Anzahl der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler bzw. Versuchsgemeinden stark beschränkten Schulversuch. Die Teilnahme daran ist an strenge Voraussetzungen geknüpft, welche vorliegend nicht erfüllt sind, und bedarf insbesondere der Zustimmung der betroffenen Gemeinde.

b) Unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit fällt ins Gewicht, dass die Vorinstanz im Kindergarten weitreichende Massnahmen ergriffen hat, um die Beschulung von A. im Regelkindergarten zu ermöglichen. Damit sind die Möglichkeiten der Regelschule zur Förderung von A. ausgeschöpft worden, ohne dass die ergriffenen Massnahmen zum gewünschten Erfolg geführt hätten. Nach Angaben der involvierten Fachpersonen wird die Distanz von A. zu Gleichaltrigen trotz der kontinuierlichen Fortschritte – die v. a. dem erhöhten Engagement aller Beteiligten zu verdanken sind – immer deutlicher. Es sei unwahrscheinlich, dass A. diese Entwicklungsrückstände aufhole. Die von den Eltern beantragte Beschulung im Einschulungsjahr, während dem die von A. benötigte intensive Förderung nicht mit verhältnismässigem Aufwand sichergestellt werden könnte, würde ihren Entwicklungsrückstand gegenüber Gleichaltrigen voraussichtlich weiter wachsen lassen. Ein Besuch des Einschulungsjahres wäre somit der weiteren Entwicklung von A. nicht förderlich.

Bei der Prüfung der Frage, ob A. vor der in Zukunft offensichtlich unausweichlichen Beschulung in der HPS im Einschulungsjahr der Gemeinde Oberuzwil beschult werden könnte, sind auch die Interessen der übrigen Schülerinnen und Schüler des Einschulungsjahres zu berücksichtigen. Durch ihren auch gegenüber den Schülerinnen und Schülern des Einschulungsjahres deutlich erhöhten Förderbedarf würde A. weit überdurchschnittlich viel Aufmerksamkeit der Lehrperson in Anspruch nehmen, was sich auf die Betreuung und Förderung der übrigen Kinder unweigerlich auswirken würde. Das Risiko, dass damit der Anspruch der übrigen Schülerinnen und Schüler auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV)

nicht gewährleistet werden kann, kann – insbesondere mit Blick auf die Tatsache, dass auch die Rekurrenten davon ausgehen, dass A. in absehbarer Zeit einer Sonderschulung bedarf – im Sinne der Wahrung der Verhältnismässigkeit im oben beschriebenen Sinn (vorstehend Ziff. 3 Bst. c) nicht eingegangen werden.

2. Erziehung und Bildung

130

Art. 1 ff. HarmoS-Konkordat (sGS 211.41); Art. 45 ff. VSG (sGS 213.1). Das HarmoS-Konkordat enthält kein direkt anwendbares Recht. Es schreibt den Kantonen nur Ziele und Eckdaten zur Harmonisierung der obligatorischen Schule vor, zu deren Umsetzung die Kantone eigenes Recht erlassen müssen. Sie verfügen dabei über einen gewissen Spielraum. Das Kind wird am 1. August nach Vollendung des vierten Altersjahres schulpflichtig. Eine Vorverlegung der Einschulung in den Kindergarten ist nicht möglich.

Erziehungsrat, 3. Juni 2010

A. ist am 7. September 2006 geboren. Die Eltern beantragten die vorzeitige Einschulung von A. in den Kindergarten auf Beginn des Schuljahres 2010/11. Sie machten geltend, A. sei bezüglich Entwicklung und motorischen und intellektuellen Fähigkeiten ihren zwei 13 Monate älteren Geschwistern fast ebenbürtig. Aufgrund der Erwerbstätigkeit der Mutter seit ihrer Geburt habe sich A. früh an Fremdbetreuung gewöhnt und könne sich gegenüber Dritten verbal sehr gut durchsetzen. Ein Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin bestätigte, dass A. sieben Monate vor der Einschulung in vier von sechs Tests das dem Schuleintrittsalter entsprechende Referenzalter erreicht habe. Die Eltern verwiesen auf zwei Faktenblätter der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (nachfolgend EDK), wonach die Eltern weiterhin beantragen könnten, dass ihr Kind zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt eingeschult wird.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 1 des HarmoS-Konkordats harmonisieren die Vereinbarungskantone die obligatorische Schule, indem sie die Ziele des Unterrichts und die Schulstrukturen harmonisieren und die Qualität und Durchlässigkeit des Schulsystems durch gemeinsame Steuerungsinstrumente entwickeln und sichern. Die Vereinbarungskantone verpflichten sich gemäss Art. 12 des HarmoS-Konkordats, spätestens sechs Jahre nach Inkrafttreten der Vereinbarung die strukturellen Eckwerte der obligatorischen Schule (Titel III des HarmoS-Konkordats) festzulegen und die Bildungsstandards (Art. 7 des HarmoS-Konkordats) anzuwenden. Aus dieser Regelung kann geschlossen werden, dass das HarmoS-Konkordat kein für Bürger und Behörden unmittelbar anwendbares Recht, sondern eine die Vertragskantone zur Rechtssetzung verpflichtende Vereinbarung darstellt. Das bedeutet, dass die Vereinbarungskantone zwecks Umsetzung des HarmoS-Konkordates entsprechendes Recht schaffen müssen und hierbei im Rahmen des HarmoS-Konkordats über einen gewissen Spielraum verfügen (Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Dezember 2009 1C_392/2009 m.w.H.).

Art. 5 Abs. 1 des HarmoS-Konkordats sieht vor, dass Kinder mit dem vollendeten 4. Lebensjahr eingeschult werden (Stichtag 31. Juli). Ob die Kantone mit Blick auf den klaren Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 des HarmoS-Konkordats für eine allfällige Vorverlegung des Beginns der Schulpflicht tatsächlich über einen Spielraum verfügen, wie es das Faktenblatt der EDK festhält, kann dahin gestellt bleiben, nachdem auch die EDK festhält, dass das entsprechende Vorgehen kantonal zu regeln ist. Ob ein allfälliger Spielraum genutzt werden soll, entscheidet mithin jeder Kanton selber.

3. Mit dem X. Nachtrag zum Volksschulgesetz wurde der Kindergarten Teil der Volksschule und somit für obligatorisch erklärt. Dieser Nachtrag wird seit 1. August 2008 angewendet. Das Obligatorium des Kindergartens erforderte eine Anpassung der gesetzlichen Vorschriften über den Beginn der Schulpflicht: Nach Art. 45 VSG wird ein Kind neu am 1. August nach Vollendung des 4. Altersjahres schulpflichtig (nach alter Regelung am 1. August nach Vollendung des 6. Altersjahres). In Art. 46 VSG sind Ausnahmen von der regulären Einschulung aufgeführt: Der Schulrat kann den Beginn der Schulpflicht um ein Jahr aufschieben oder die Schülerin oder den Schüler in den ersten drei Monaten des Schuljahres ein Jahr zurückstellen. Diese Bestimmung stammt im Wortlaut unverändert aus dem alten Recht. Sie bezog sich früher auf die Einschulung in die Primarschule. Heute bezieht sie sich auf die Einschulung in den Kindergarten. Art. 47 VSG, der bis anhin eine Vorverlegung der Einschulung in die Primarschule um 1 Jahr – und damit die Einschulung 5-Jähriger in die Primarschule – ermöglicht hatte, wurde mit dem X. Nachtrag zum Volksschulgesetz aufgehoben. Nach neuem Recht hätte sich diese Bestimmung nunmehr ihrerseits auf den Kindergarten statt auf die Primarschule bezogen, womit ein Kindergartenbesuch vor erfüllttem 4. Altersjahr ermöglicht worden wäre. Ein solcher war aber nach dem erklärten Willen der vorberatenden Kommission des Kantonsrates unerwünscht (siehe dazu das Protokoll der Sitzung der vorbereitenden Kommission

vom 14. März 2007 zum X. Nachtrag zum Volksschulgesetz, S. 12 f., https://www.ratsinfo.sg.ch/home/geschaefts_suche.geschaeftdetail.html?geschaeftid=A3A28F5E-0435-4F93-AA8F-B726D42522DC&ziel=1). Mit dem absoluten Verzicht, 3-jährige Kinder in den Kindergarten einschulen zu können, soll eine Verwischung von unterschiedlichen Zielsetzungen vermieden werden. Der Kindergarten erfüllt für vier- bis sechsjährige Kinder den Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 1 VSG und hat nur noch subsidiär einen Betreuungsauftrag. Bei jüngeren als 4-jährigen Kindern stehen demgegenüber noch die Betreuung und Sozialisierung im Zentrum. Dabei handelt es sich um den Kernauftrag der Familie. Für Kleinkinder im Alter zwischen 0 und 4 Jahren bestehen familienergänzende, mehrheitlich privatrechtlich organisierte Angebote wie Horte und Spielgruppen. Möglich bleibt ein vorgezogener Übertritt vom Kindergarten in die Primarschule (Art. 4 Abs. 1 des Promotions- und Übertrittsreglements (SchBl 2008 Nr. 7-8), was schulgesetzlich als Überspringen einer Klasse (Art. 31bis VSG) gilt. Damit wird den unterschiedlichen Entwicklungsständen von bereits in das System Schule eingetretenen Kindern Rechnung getragen.

4. Die Rekurrenten bringen vor, dass Eltern laut Faktenblättern der EDK vom 17. April 2008 zum HarmoS-Konkordat weiterhin beantragen könnten, dass ihr Kind zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt eingeschult werde. Des Weiteren zitieren die Rekurrenten die Erwägung 3.3 des Entscheides des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2009 (1C_392/2009), wonach eine flexible Lösung zu treffen nicht im Widerspruch mit dem Harmonisierungsziel stehe.

Das HarmoS-Konkordat beinhaltet kein für Bürger und Behörden unmittelbar anwendbares Recht, sondern verpflichtet die Vertragskantone zur Umsetzung der Harmonisierungsziele im kantonalen Recht. Das HarmoS-Konkordat schreibt nur Ziele und Eckdaten vor. Im Rahmen der Vereinbarung sind die Kantone frei, eigene Regelungen zu treffen (vgl. oben Ziff. 2). Der Hinweis der Rekurrenten auf das Faktenblatt der EDK ist vor diesem Hintergrund unbehelflich. Der Kanton St. Gallen hat bezüglich der Einschulung in Art. 45 ff. VSG eine konkordatskonforme autonome Regelung getroffen. Diese ist aufgrund der Gesetzesmaterialien klar (siehe oben Ziff. 3) und wird im Kreisschreiben bestätigt. Damit besteht im Kanton St. Gallen nach Willen des Gesetzgebers keine Möglichkeit, Kinder vor Vollendung des 4. Altersjahres in den Kindergarten einzuschulen. Die am 7. September 2006 geborene A. kann demzufolge erst im August 2011 und nicht bereits vorzeitig im August 2010 in den Kindergarten eingeschult werden.

131

Art. 4 Abs. 3, Art. 8 Abs. 3 und Art. 51 f. VSG (sGS 213.1). Regelt eine interkantonale Vereinbarung den Oberstufenschulbesuch, so besteht kein Raum für vertragliche Vereinbarungen zwischen Primarschulgemeinden und benachbarten Oberstufenträgern. Sorgen die Eltern auf eigene Initiative für die Beschulung ihres Kindes in einer anderen Schule als der «Vertragsschule», besteht gegenüber dem Volksschulträger grundsätzlich kein Anspruch auf Übernahme des Schulgeldes. Ein entsprechender Anspruch kann vorliegend auch nicht aus Gewohnheitsrecht oder dem Anspruch auf Gleichbehandlung abgeleitet werden.

Bildungsdepartement, 13. Dezember 2010

Auf das Gebiet der Primarschulgemeinde Steinach erstreckt sich seit jeher keine körperschaftliche Trägerschaft der Oberstufe. Mit der Vereinbarung zwischen dem Kanton Thurgau und dem Kanton St.Gallen über den Schulbesuch der Kinder von Steinach auf der Oberstufe wird den Schülerinnen und Schülern der unentgeltliche Grundschulunterricht auf der Oberstufe garantiert. Im Dezember 2009 teilte der Primarschulrat Steinach den betroffenen Eltern mit, dass er aufgrund höherrangigen Rechts das Schulgeld für den Besuch der Katholischen Kantonssekundarschule St.Gallen (KKSS oder «Flade») nicht mehr übernehmen werde. A. beantragte der Primarschulgemeinde Steinach, es sei das Schulgeld für den Besuch der KKSS durch ihren Sohn zu übernehmen. Der Anspruch auf Schulgeldübernahme ergebe sich aus Gewohnheitsrecht, nachdem die Primarschulgemeinde Steinach seit über 20 Jahren das Schulgeld für den Besuch der KKSS übernommen habe, und aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung.

Aus den Erwägungen:

4. a) Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gewährleistet (Art. 19 BV; Art. 2 Bst. m KV). Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 BV). Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht (Art. 62 Abs. 2 erster Satz BV). Das im Kanton St.Gallen wohnhafte Kind hat das Recht, jene öffentliche Schule oder anerkannte Privatschule zu besuchen, die seinen Fähigkeiten entspricht und deren Anforderungen es erfüllt (Art. 51 VSG). Schülerinnen und Schüler haben grundsätzlich die öffentliche Schule am Ort zu besuchen, wo sie sich aufhalten (Art. 52 VSG). Für den Sonderfall, dass an einem Ort keine körperschaftliche Trägerschaft der Oberstufe besteht, überträgt Art. 8 Abs. 3 VSG der Primarschulgemeinde die Aufgabe, ihren Schülerinnen und Schülern durch Vertrag mit benachbarten Oberstufenträgern den unentgeltlichen Besuch der öffentlichen Oberstufe zu ermöglichen. Aufgrund des verfassungsmässigen Rechts auf unentgeltlichen Grundschulunterricht

muss die Aufenthaltsgemeinde das Schulgeld für den Besuch der Oberstufe in den Vereinbarungsgemeinden übernehmen.

b) Die Kantone können miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen (Art. 48 Abs. 1 erster Satz BV). Sie können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen (Art. 48 Abs. 1 zweiter Satz BV). Die Kantone beachten interkantonaes Recht (Art. 48 Abs. 5 BV). Die Regierung schliesst im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zwischenstaatliche Vereinbarungen ab (Art. 74 Abs. 2 Bst. a KV). Die Gemeinde ist autonom, soweit das Gesetz ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt (Art. 89 Abs. 1 KV). Der Regierung obliegt die oberste Leitung der Volksschule (Art. 98 Abs. 1 VSG). Sie kann nach Massgabe von Art. 99 Bst. b VSG mit anderen Kantonen oder Staaten Vereinbarungen über den Schulbesuch abschliessen. Ein solcher «Staatsvertrag» (nach alter Lesart bzw. teilweise noch immer verbreiteter Praxis fallen unter den Begriff der Staatsverträge grundsätzlich sowohl die internationalen wie auch die interkantonalen Verträge) bzw. eine solche interkantonale Vereinbarung geht gestützt auf Art. 48 Abs. 5 BV, Art. 74 Abs. 1 Bst. a und Art. 89 Abs. 1 e contrario KV als höherrangiges Recht dem kommunalen Recht vor. Regelt der «Staatsvertrag» den Oberstufenschulbesuch, so lässt er insbesondere keinen Raum für vertragliche Vereinbarungen zwischen Primarschulgemeinden und benachbarten Oberstufenträgern gestützt auf Art. 8 Abs. 3 VSG im vorgenannten (Bst. a) Sinn. Dies umso weniger, als Art. 8 Abs. 3 VSG ohnehin eine subsidiäre Sondernorm ist, welche nur dann bzw. so lange eine Zuständigkeit der Primarschulgemeinde für die Oberstufe begründet, wenn bzw. als kein anderes Gemeinwesen (Oberstufenschulgemeinde, politische Gemeinde, im Grenzverhältnis wie soeben erwähnt auch der Kanton) den Oberstufenschulbesuch der Jugendlichen sicherstellt.

c) Sorgen Eltern auf eigene Initiative für die Beschulung ihres Kindes in einer anderen Schule als der «Vertragsschule», besteht gegenüber dem Volksschulträger am Aufenthaltsort grundsätzlich kein Anspruch auf Übernahme des Schulgeldes. Aus der Verpflichtung von Art. 19 i.V. m. Art. 62 BV, dass die Kantone für ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen haben, folgt nicht, dass Kinder im schulpflichtigen Alter einen genügenden und unentgeltlichen Unterricht an einem beliebigen Ort beanspruchen können (Ehrenzeller/Schott, St.Galler Kommentar zu Art. 62 BV, 2. Aufl. 2008, Rz. 32 ff.).

5. a) Auf das Gebiet der Primarschulgemeinde Steinach erstreckt sich seit jeher keine körperschaftliche Trägerschaft der Oberstufe. Vor dem Hintergrund der nahen Nachbarschaft zum Kanton Thurgau wurde indessen hier der Sondertatbestand von Art. 8 Abs. 3 VSG (für den Besuch des Oberstufentyps Sekundarschule, den die Rekurrentin vorliegend im Zusammenhang mit dem Besuch der KKSS exklusiv thematisiert) seit Bestand des Volksschulgesetzes nicht angewendet: Die Regierungen der Kantone St.Gallen und Thurgau haben bereits am 22. November 1982 eine Vereinbarung über den Sekundarschulbesuch der Kinder von Steinach in Arbon abgeschlossen (nGS 18–10). Seit dem 1. August 1998 wird die jener Vereinba-

nung nachfolgende, vorne (Bst. A) erstmals zitierte Vereinbarung über den Schulbesuch der Kinder von Steinach auf der Oberstufe vom 19. August 1997 angewendet. Mit dieser Vereinbarung gewährleistet der Kanton St.Gallen den Schülerinnen und Schülern der Primarschulgemeinde Steinach den unentgeltlichen Grundschulunterricht auf der Oberstufe.

Art. 3 der Vereinbarung bestimmt, dass die Kinder aus der Primarschulgemeinde Steinach die Oberstufe in der Volksschulgemeinde Arbon besuchen (Abs. 1). Ausnahmen bewilligt der Primarschulrat Steinach nach den Vorschriften des Volksschulgesetzes des Kantons St.Gallen über den auswärtigen Schulbesuch (Abs. 2). Art. 7 Abs. 1 der Vereinbarung hält fest, dass die Primarschulgemeinde Steinach der Volksschulgemeinde Arbon jährlich ein Schulgeld je Kind, das auf Beginn des Schuljahres in eine Oberstufenklasse eingetreten ist, bezahlt.

b) Die Rekurrentin macht nicht geltend, dass in ihrem Fall eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung vorliege; vielmehr hält sie dafür, dass die Vereinbarung kein Staatsvertrag, sondern eine Verwaltungsvereinbarung sei und als solche Art. 51 VSG widerspreche, indem sie ausschliesslich den Besuch der Oberstufe in Arbon zulasse.

Staatsverträge sind völkerrechtliche Verträge zwischen zwei oder mehreren Staaten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N. 161). Verträge zwischen Kantonen sind öffentlichrechtliche Vereinbarungen, die zwei oder mehrere Kantone über einen in ihren Kompetenzbereich fallenden Gegenstand abschliessen (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N. 1267 ff.). Dem Argument der Rekurrentin ist zuzustimmen, dass es sich bei der Vereinbarung über den Schulbesuch der Kinder von Steinach auf der Oberstufe nicht um einen völkerrechtlichen Staatsvertrag nach obiger Definition handelt. Wie vorstehend ausgeführt (Ziff. 4 Bst. b) ist der Begriff «Staatsvertrag» im Schreiben der Generalsekretärin des Bildungsdepartementes vom 5. November 2009 (Bst. I vorstehend) und im Brief der Vorinstanz vom 18. September 2008 (Bst. F vorstehend) als Oberbegriff verwendet worden. Vorliegend handelt es sich um einen interkantonalen Vertrag. Nach der Rechtslehre bestehen verschiedene Arten von interkantonalen Verträgen. Die Rekurrentin qualifiziert die Vereinbarung als Verwaltungsvereinbarung. Verwaltungsvereinbarungen lassen sich als Vereinbarungen ohne allgemeinverbindlichen bzw. rechtsetzenden Charakter definieren (Urteil des Bundesgerichts 2A.504/1999 vom 9. März 2000) oder stellen nach einer anderen Umschreibung einen Oberbegriff für gewisse Kategorien untergeordneter vollziehender Vereinbarungen dar. Die hier relevante Vereinbarung sprengt indessen diesen engen Rahmen: Sie begründet vielmehr Rechte und Pflichten der beteiligten Kantone Thurgau und St.Gallen und enthält vor allem auch Normen, die mit der Publikation für die Privaten unmittelbar rechtsverbindlich werden. Damit ist sie in wesentlichen Bereichen eine unmittelbar rechtssetzende interkantonale Vereinbarung (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N. 178).

Ob die Vereinbarung nach Auffassung der Rekurrentin als Verwaltungsvereinbarung oder wie soeben dargelegt als unmittelbar rechtssetzende interkantonale Vereinbarung zu bezeichnen ist, kann allerdings letztlich offen bleiben. Von Bedeutung wäre dieser Punkt nämlich lediglich dann, wenn die Vereinbarung dem kantonalen Recht bzw. Art. 51 VSG widersprechen würde (vgl. dazu Vital Zehnder, Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modellform für die gemeinsame Trägerschaft, Zürich 2007, S. 128). Dies ist jedoch zu verneinen: Entgegen der Annahme der Rekurrentin bildet Art. 51 VSG nicht die Grundlage für eine «freie Schulwahl», sondern will verdeutlichen, dass der Erziehungs- und Bildungsauftrag der öffentlichen Volksschule in besonderem Mass auch die Unterstützung von Kindern miteinschliesst, deren Potenzial ausserhalb des Durchschnittes liegt, und stellt insofern gleichsam die Basis für eine breite Angebotspalette der öffentlichen Volksschule bzw. auch für fördernde Massnahmen dar. Die Norm schliesst somit interkantonale Schulbesuchsverträge nicht aus. Ein Widerspruch zwischen Vereinbarung und kantonalem Recht ist nicht ersichtlich. Für den Schulbesuch der Kinder von Steinach auf der Oberstufe gilt die Vereinbarung gestützt auf Art. 48 Abs. 5 BV sowohl im interkantonalen als auch im innerkantonalen Verhältnis (vgl. Vital Zehnder, a. a. O., S. 128). Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ist daher die Vorinstanz nicht frei, Schulgeld an die Flade bzw. die KKSS oder an eine andere Oberstufe im Kanton St. Gallen zu entrichten, da sie damit gegen die übergeordnete Vereinbarung verstossen würde, welche solche Schulgelder nicht zulässt. Im Übrigen verbietet die Vereinbarung lediglich die Schulgeldzahlung an die Flade, nicht aber schon den Besuch der Flade an sich auf Kosten der Eltern bzw. nach dem Tarif der Flade: Steinacher Jugendliche, welche die Flade besuchen, sind während der Dauer dieses Schulbesuchs von der grundsätzlichen Schulhoheit der Primarschulgemeinde Steinach ausgenommen und gelten als Angehörige des Katholischen Konfessionsteils in seiner Eigenschaft als Oberstufenschulgemeinde nach Art. 4 Abs. 3 VSG. Insoweit ist den Ausführungen des vormaligen Generalsekretärs des Erziehungsdepartementes vom 26. November 2007 (vgl. oben Bst. B) beizupflichten.

6. Die Rekurrentin beruft sich für ihren Schulgeldanspruch an den Besuch der Flade auf Gewohnheitsrecht.

a) Das Bundesgericht stellt an die Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht strenge Anforderungen und macht Gewohnheitsrecht von drei Voraussetzungen abhängig (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N. 196 ff.): Es muss eine langjährige, ununterbrochene und einheitliche Praxis der Behörden vorliegen; die Rechtsüberzeugung muss von den betroffenen Behörden und Privaten getragen werden; und das Gesetz muss Raum bzw. Bedarf für eine ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lassen (Gesetzeslücke).

b) Die Rekurrentin hält dafür, dass es schon seit 80 Jahren Steinacher Schülerinnen und Schüler an der KKSS gebe und dass gemäss Grafik im Schreiben der Vorinstanz vom 23. Januar 2009 schon vor dem Jahr 2005 (seit welchem ein deutlicher Anstieg der Zahl Steinacher Schülerinnen und Schüler an der Flade zu ver-

zeichnen war) zwischen 7 und 14 Schülerinnen und Schüler aus Steinach die KKSS besucht hätten. Es habe nie ein Schulgeldantrag gestellt werden müssen, und sowohl bei den Behörden als auch bei den Bürgerinnen und Bürgern habe die Überzeugung geherrscht, dass die Regelung «rechtens» sei.

Das Bundesgericht hat nicht klar formuliert, ab welchem Zeitpunkt von einer langjährigen, ununterbrochenen und einheitlichen Praxis der Behörden gesprochen werden kann. Es ist fraglich, ob aktenmässig belegte, jährliche Schülerzahlen zwischen 7 und 14 – bei einer Steinacher Gesamtschülerzahl zwischen 50 und 67 (in den Jahren 1998 bis 2004) – den bundesgerichtlichen Anforderungen zu genügen vermögen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Schülerzahlen der früheren Jahre und Jahrzehnte nicht aktenkundig sind. Ob das Erfordernis der langjährigen, ununterbrochenen und einheitlichen Praxis der Behörden – wie auch die Voraussetzung der «*opinio iuris et necessitatis*» – in casu erfüllt wäre, kann indessen letztlich offen bleiben, da die dritte Voraussetzung – das Vorliegen einer Lücke im geschriebenen Recht – nicht erfüllt ist: Die Frage, ob die Vorinstanz für die Schülerinnen und Schüler der KKSS das Schulgeld übernehmen muss, kann aufgrund der Bestimmungen des Volksschulgesetzes beantwortet werden (vgl. Ziff. 4 Bst. a und b vorstehend). Vor diesem Hintergrund ist keine Lücke im geschriebenen Recht zu erkennen, welche durch Gewohnheitsrecht geschlossen werden dürfte und müsste.

7. Die Rekurrentin leitet ihren Anspruch auf das Schulgeld an den Besuch der Flade aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung ab.

a) Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zugrunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Die rechtsanwendende Behörde verletzt den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 495 ff.).

Eine Praxisänderung, wie sie die Vorinstanz vorliegend vorgenommen hat, führt zu einer ungleichen Behandlung gleicher Fälle, bei denen allerdings der Zeitpunkt der Beurteilung differiert. Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen zwar, dass an einer Praxis in der Regel festgehalten wird; sie stehen aber einer Praxisänderung nicht entgegen, wenn diese auf sachlichen Gründen beruht. Die Änderung einer bestehenden Praxis ist mit der Rechtsgleichheit vereinbar, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Es müssen ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen; die Änderung muss grundsätzlich erfolgen; das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegen, und die Praxisänderung darf keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 509 ff.).

b) In casu liegen ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis vor, da nach der Rechtsprechung eine bisherige Praxis zu ändern ist, wenn sie als unrichtig erkannt wird (BGE 133 V 39; 132 V 360), was die Vorinstanz beachtet hat (Ziff. 5 Bst. b). Auch das zweite Erfordernis einer grundsätzlichen Änderung ist vorliegend erfüllt, da die Vorinstanz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, die bisherige, rechtswidrige Praxis aufzuheben, indem sie ab dem Schuljahr 2009/10 für neueintretende Schülerinnen und Schüler keine Schulgelder mehr an die KKSS entrichtet. Drittens überwiegt das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dasjenige an der Rechtssicherheit: Die neue Praxis entspringt der Erkenntnis der Vorinstanz, dass die geltende Vereinbarung – abgesehen von den Ausnahmetatbeständen von Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung – allein den öffentlich finanzierten Besuch der Oberstufe in Arbon zulässt. Würde die bisherige, vereinbarungswidrige Praxis beibehalten, würde der Besuch der KKSS explizit begünstigt, was automatisch und wie sich aus den Akten zeigt progressiv auf Kosten der Realschülerinnen und -schüler bzw. der Oberstufenschülerinnen und -schüler, welche die erweiterten Anforderungen nicht erfüllen, geschehen würde; bekanntlich führt die Flade keine Realschule. Im Ergebnis würden in Arbon zu viele leistungsschwächere Schülerinnen und Schüler unterrichtet und – wie das Schreiben des Generalsekretärs des Departementes für Erziehung und Kultur des Kantons Thurgau vom 30. September 2009 (vgl. Bst. H. vorstehend) unmissverständlich aufzeigt – ein deutlicher Verlust an Planungssicherheit bezüglich Organisation des Schulunterrichts und Planung der Schulräumlichkeiten resultieren. Dies wäre nicht im Interesse der Schülerinnen und Schüler. Schliesslich stellt die Praxisänderung auch keinen Verstoss gegen Treu und Glauben dar: Die Praxisänderung ist nicht ohne Vorwarnung erfolgt. Vielmehr hat die Vorinstanz bereits im September 2008 mit dem Entscheid, das Schulgeld für die KKSS für neueintretende Schülerinnen und Schüler ab dem Schuljahr 2009/10 nicht mehr zu übernehmen, zu erkennen gegeben, dass die bisherige Praxis geändert wird. Zudem hat die Vorinstanz mit dieser Lösung sichergestellt, dass sich für alle zum massgeblichen Zeitpunkt bereits an der KKSS befindlichen Steinacher Schülerinnen und Schüler nichts änderte; die Schulgeldübernahme seitens der Vorinstanz bis zum individuellen Abschluss der Oberstufe war bzw. ist damit gesichert. Damit beruht die vorliegende Praxisänderung unter dem Aspekt der Gleichbehandlung auf hinreichend sachlichen Gründen.

3. Raumplanung und öffentliches Baurecht

132

Art. 87 Abs. 2 BauG (sGS 731.1). Durch eine Auflage dürfen nur baurechtliche Hindernisse von untergeordneter Bedeutung beseitigt werden. Wenn Bauten – insbesondere betreffend Farbwahl – erhöhten ästhetischen Anforderungen genügen müssen, kann die Farbwahl eines bestimmten Bauteils nicht als Anforderung von untergeordneter Bedeutung gelten, die im Rahmen einer Auflage geregelt werden könnte.

Baudepartement, 5. November 2010

Eine Bauherrin wollte für eine Überbauung, für die in Abweichung von den Regelbauvorschriften aufgrund eines Überbauungsplans besondere Gestaltungs- und Einfügungsvorschriften gelten, die bestehenden, auf das Gesamtfarbkonzept abgestimmten zweifarbigen Fenster durch weisse Kunststofffenster ersetzen. Die Gemeinde wies das Baugesuch allein aufgrund der Fensterfarbe ab. Dagegen führte die Bauherrin Rekurs beim Baudepartement. Sie machte geltend, die Baubewilligung hätte erteilt werden müssen und die zulässige Farbe mittels einer Auflage verfügt werden können.

Aus den Erwägungen:

2. Vorweg macht die Rekurrentin geltend, dass die vollständige Abweisung des Baugesuchs nicht mit Art. 87 Abs. 2 BauG sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sei. Da es sich bei der Farbgebung lediglich um einen untergeordneten Punkt handle, hätte die Baubewilligung – allenfalls mit einer entsprechenden Auflage – erteilt werden müssen. Obwohl die Rekurrentin wegen dieses angeblichen Fehlers ausdrücklich auf eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz verzichtet und diese Rüge deshalb nicht abschliessend beurteilt werden muss, ist nachfolgend gleichwohl kurz darauf einzugehen.

2.1. Art. 87 Abs. 2 BauG bestimmt, dass die Baubewilligung mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen verbunden werden kann. Letztere auferlegen dem Adressaten der Bewilligung ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen. Dadurch können jedoch nur Hindernisse von untergeordneter Bedeutung beseitigt werden. Die Einhaltung grundlegender Baurechtsnormen ist demgegenüber in einem einzigen und einheitlichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Nur die Regelung von Nebenpunkten, die für die Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind, können in ein späteres Verfahren verwiesen werden (VerwGE vom 22. Januar 2009 i.S. P. und G.C., Erw. 2.1; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 866 ff.).

2.2. Im vorliegenden Verfahren ist ausschliesslich die Fensterfarbe umstritten. Wie die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss festhält, werde die geplante Fensterauswechslung im Interesse einer energetischen Verbesserung sowie einer Steigerung der Wohnqualität grundsätzlich begrüsst; weisse Kunststofffensterrahmen seien jedoch nicht bewilligungsfähig.

Fest steht, dass sich die Bauten in einem Überbauungsplangebiet mit besonderen Vorschriften befinden. Gestützt auf Art. 2 besV sind insbesondere erhöhte Anforderungen an die Ästhetik zu stellen. So ist unter anderem auch mit der Material- und Farbwahl Rücksicht auf eine gute Einfügung und eine ästhetisch befriedigende Gesamtwirkung zu nehmen. Da auch die Gestaltung der Fenster diese Anforderungen zu berücksichtigen hat, kommt der Farbwahl der Fensterrahmen durchaus Bedeutung zu. Weiter ist zu beachten, dass farbige Fensterrahmen im Vergleich zu weissen Fensterrahmen Mehrkosten von insgesamt Fr. 215 000.– zur Folge hätten. Eine Anordnung, die mit solch erheblichen Mehrkosten verbunden ist, kann nicht als untergeordnet bezeichnet werden. Entsprechend können diesbezügliche Anforderungen auch nicht mittels Bedingung oder Auflage verfügt werden. Weiter ist zu beachten, dass die Farbwahl bereits Gegenstand von verschiedenen früheren Verfahren (Baubewilligungsverfahren und Wiedererwägungsverfahren im Jahr 2000, Vorverfahren im Jahr 2009) war. Die Farbwahl hatte dabei immer ausschlaggebende Bedeutung für die Erteilung der Bewilligung bzw. deren Verweigerung. Gleiches ist hier der Fall.

2.3. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die Farbwahl bei der Auswechslung der Fenster nicht bloss einen Nebenpunkt darstellt, der mittels Auflagen oder Bedingungen geregelt werden könnte.

II. Zivilrecht

133

Art. 276 ff. ZGB (SR 210); Art. 2 Abs. 2 SHG (sGS 381.1). Sozialhilfeleistungen sind subsidiär. Nur wenn die Leistungsfähigkeit beider Elternteile nicht ausreicht, um für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, sind – bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen – diese Kosten von der Sozialhilfe zu übernehmen. Die Kosten der Fremdplatzierung eines Kindes stellen Unterhaltskosten dar.

Departement des Innern, 1. September 2010

Aus den Erwägungen:

2.1. Die persönliche Sozialhilfe bezweckt, der Hilfsbedürftigkeit vorzubeugen, deren Folgen nach Möglichkeit zu beseitigen oder zu mildern und die Selbsthilfe der Hilfebedürftigen zu fördern (Art. 2 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes [sGS 381.1; abgekürzt SHG]). Sie umfasst einerseits betreuende Sozialhilfe (Art. 7 f. SHG) und andererseits finanzielle Sozialhilfe (Art. 9 ff. SHG).

Sozialhilfeleistungen unterliegen dem Grundsatz der Subsidiarität und werden demnach nur gewährt, wenn eine bedürftige Person sich nicht selbst helfen kann oder Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist. Die Sozialhilfe ist subsidiär gegenüber Möglichkeiten der Selbsthilfe, Leistungsverpflichtungen Dritter und freiwilligen Leistungen Dritter. Das Subsidiaritätsprinzip verlangt, dass alle anderen Möglichkeiten der Hilfe ausgeschöpft sein müssen, bevor staatliche Hilfeleistungen erbracht werden. Voraussetzung für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen ist deshalb, dass zunächst alle privat- und öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Gesuchstellers beansprucht werden (F. Wolffers, Grundriss des Sozialhilfrechts, Bern 1993, S. 71 f.).

2.2. Die Gemeinden sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schranken bei der konkreten Bemessung der finanziellen Sozialhilfe autonom. Sie müssen das ihnen zustehende Ermessen jedoch pflichtgemäss ausüben. Das heisst, sie haben alle in der Sache erheblichen Interessen zu berücksichtigen und sorgfältig gegeneinander abzuwägen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 357 f.). Im Rahmen der Autonomie ist die nach Art. 46 Abs. 1 VRP grundsätzlich umfassende Kognition der Rekursinstanz jedoch insofern eingeschränkt, als die Unangemessenheit eines Entscheids nicht gerügt werden kann (Art. 46 Abs. 2 VRP). Das Departement des Innern als kantonale Rekursinstanz kann demgemäss im vorliegenden Fall nur prüfen, ob der Gemeinderat X als Vorinstanz die rechtlichen Grenzen des freien Ermessens verletzt oder von diesem Ermessen willkürlich Gebrauch gemacht hat, das heisst das Ermessen über- oder unterschritten oder missbraucht hat.

2.3. Der Rekurrent begründet seinen Anspruch auf Pflegegelder bzw. Sozialhilfeleistungen damit, dass er nun schon seit Jahren versuche, seine ehemalige Partnerin P zu Unterhaltszahlungen an ihre gemeinsame Tochter T zu veranlassen. Obwohl die Vormundschaftsbehörde X Tochter Ts Beistand beauftragt habe, ihren Unterhaltsanspruch gegenüber der Mutter P klageweise durchzusetzen, habe der Beistand dies nie getan. Der Rekurrent fordert damit indirekt von der politischen Gemeinde X die Übernahme des von Mutter P zu bezahlenden Anteils an den Unterhaltsleistungen. Er macht hingegen nicht geltend, dass er selbst finanziell nicht in der Lage sei, für den Unterhalt von seiner Tochter T auch weiterhin aufzukommen. Er macht mit anderen Worten nicht geltend, bedürftig zu sein. Auch aus den vorliegenden Akten ergeben sich keine Hinweise, dass der Rekurrent nicht genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt von Tochter T zur Verfügung ständen. Vorliegend hob die Vormundschaftsbehörde X mit Beschluss vom 26. Mai 2010

den Entzug der elterlichen Obhut gegenüber Mutter P auf und verfügte die Unterbringung der Tochter T bei ihr. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung. Dieser Beschluss erwuchs in Rechtskraft, nachdem der Rekurrent eine dagegen erhobene Beschwerde mit Schreiben vom 5. Juli 2010 zurückzog. Es ist davon auszugehen, dass Tochter T bereits seit Ende Mai 2010 wieder bei ihrer Mutter lebt. Die Bezahlung von Mutter Ps Anteil an den Unterhaltsleistungen für die Tochter T wäre somit in jedem Fall Ende Mai 2010 hinfällig geworden. Zunächst ist jedoch zu prüfen, ob dem Rekurrenten überhaupt Unterhaltsleistungen im Rahmen dieses Verfahrens zuzusprechen sind.

2.4. Nach Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindeschutzmassnahmen. Sie sind von der Unterhaltspflicht in dem Mass befreit, als dem Kinde zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten (Art. 276 Abs. 3 ZGB). Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Mündigkeit des Kindes bzw. – falls das Kind sich dann noch in Ausbildung befindet – im Rahmen der Zumutbarkeit darüber hinaus, bis die Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 ZGB). Unterhaltspflichtig sind Vater und Mutter, die persönlich, unter sich solidarisch, primär, – d. h. vor Verwandten und anderen Leistungsträgern wie dem Gemeinwesen nach Art. 289 Abs. 2 ZGB – und bei ausreichender Leistungsfähigkeit ausschliesslich für den gesamten Unterhalt aufzukommen haben. Die Eltern schulden Unterhalt unabhängig von der konkreten Familiensituation. Unverheiratete Eltern tragen die Kosten nach stillschweigender oder ausdrücklicher individueller Absprache, deren Verbindlichkeit für das unmündige Kind eine Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde oder das Gericht voraussetzt. Alleinerziehende (wie der Obhutsinhaber bei gänzlicher Leistungsunfähigkeit des andern Elternteils) haben allein, aber ebenfalls für den gesamten Bedarf des Kindes aufzukommen. Wo weder Unterhalts- noch Unterstützungspflichtige vorhanden oder diese nicht (ausreichend) leistungsfähig sind, hat das Gemeinwesen die (verbleibenden) Kosten des Unterhalts nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts (Sozialhilferecht) zu tragen. Der Unterhaltsanspruch schliesst nicht nur Geld- und Sachleistungen ein, sondern geschuldet ist ein umfassender Unterhalt, der neben den physischen Grundbedürfnissen (Nahrung, Bekleidung, Unterkunft, Körper- und Gesundheitspflege) auch psychisch-emotionalen Anliegen genügen und ganzheitlicher Förderung des Kindes dienen muss (vgl. P. Breitschmid in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl. 2006, Art. 276 N 8 ff., N 15, N 20 f.).

Wie erwähnt haben die Eltern gemeinsam für den Unterhalt des Kindes aufzukommen. Steht das Kind nicht unter der Obhut der Eltern, wird der Unterhalt durch Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes und der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern bzw. jedes einzelnen Elternteils entsprechen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Es ist nach dem Gesagten grundsätzlich nachvollziehbar, dass der Rekurrent verlangt, dass Mutter P,

welcher die Obhut über Tochter T bis Ende Mai 2010 entzogen war, ebenfalls einen Anteil an Tochter Ts Unterhalt zu zahlen habe bzw. dass zumindest geprüft werde, ob ihre finanzielle Leistungsfähigkeit es erlaube, einen Anteil an den Unterhalt beizusteuern. Die Vormundschaftsbehörde X beauftragte denn auch bereits mit Beschluss vom 1. September 2008 Tochter Ts Beistand, sie bei der Wahrung ihres Unterhaltsanspruchs gegenüber der Mutter zu vertreten und nötigenfalls Unterhaltsklage einzureichen. Mit Beschluss vom 15. April 2010 forderte der Gemeinderat X Tochter Ts Beistand auf, ihren Unterhaltsanspruch gegenüber der nicht obhutsberechtigten Kindsmutter klageweise festzulegen, weil die bisherigen Bemühungen des Beistands und der Sozialhilfebehörde X für eine einvernehmliche Unterhaltsregelung gescheitert seien. Sobald eine Unterhaltsvereinbarung oder ein gerichtliches Urteil vorliege, werde die zuständige Sozialhilfebehörde prüfen, ob die Unterhaltsbeiträge allenfalls zu bevorschussen oder sonstige Hilfestellungen nötig seien, wenn die Kindsmutter ihrer Unterhaltungspflicht nicht nachkomme.

2.5. Weil die Eltern – wie bereits erwähnt – solidarisch für den gesamten Unterhalt des Kindes aufzukommen haben, müsste die Sozialhilfebehörde X nur dann prüfen, ob die Voraussetzungen für die Übernahme von Leistungen an den Unterhalt von Tochter T durch die Gemeinde X vorliegen, wenn fraglich wäre, ob die finanzielle Leistungsfähigkeit beider Eltern (ob gemeinsam oder allenfalls des obhutsberechtigten Elternteils allein) ausreicht, diesen Unterhalt zu bestreiten.

Vorliegend ist unbestritten, dass der Rekurrent während Jahren in der Lage war, für Tochter Ts Unterhalt aufzukommen. Er macht denn auch nicht geltend, und den Unterlagen ist ebenfalls nicht zu entnehmen, dass er dazu in der Vergangenheit nicht in der Lage gewesen sei. Ob er zukünftig dazu in der Lage wäre, ist nicht zu prüfen, weil sich Tochter T gemäss Beschluss der Vormundschaftsbehörde X vom 26. Mai 2010 nun wieder in der Obhut von Mutter P befindet. Der Rekurrent macht einzig geltend, dass auch von Mutter P erwartet werden dürfe, ihrerseits einen Teil von Tochter Ts Unterhaltskosten zu übernehmen. Damit ist erstellt, dass die Voraussetzungen für die Übernahme von Sozialhilfeleistungen infolge Subsidiarität gegenüber Unterhaltszahlungen der Eltern bzw. hier des Vaters vorliegend nicht erfüllt sind (Art. 2 Abs. 2 SHG).

2.6. Der Rekurrent macht weiter geltend, die politische Gemeinde X habe die Kosten, welche Mutter P für Tochter Ts Unterhalt hätte zahlen müssen, als Pflegegeldkosten zu übernehmen.

Ob es möglich wäre, dass die sorgeberechtigte Mutter dem obhutsberechtigten Vater des eigenen Kindes Pflegegelder zahlen müsste, kann vorliegend offenbleiben, denn auch die Kosten einer Fremdplatzierung eines Kindes stellen Kindesunterhalt dar. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Kindesschutzmassnahme, also eine behördlich angeordnete Fremdplatzierung handelt, oder ob die Eltern das Kind selbst bei Dritten in Obhut geben, was keine Kindesschutzmassnahme darstellt (vgl. Breitschmid, a. a. O., Art. 310 N16). Pflegegelder bei einer Fremdplatzierung sind als Unterhaltskosten grundsätzlich ebenfalls durch die

Eltern zu übernehmen. Ist die Mutter finanziell nicht in der Lage, diese Kosten zu bezahlen, muss der Vater auch ihren Unterhaltsanteil übernehmen. Die Eltern müssen – wie erwähnt – für die Unterhaltskosten solidarisch und primär aufkommen, d. h. vor Verwandten und anderen Leistungsträgern wie dem Gemeinwesen nach Art. 289 Abs. 2 ZGB. Entsprechend würden die von der Mutter an den Vater als Pflegegelder zu bezahlenden Kosten zu seinen Lasten gehen, das heisst die Pflegegelder würden entsprechend gekürzt bzw. nicht angerechnet. Dass die Sozialhilfebehörde dem obhutsberechtigten Vater Gelder als Pflegegeldkosten auszahlt und dadurch faktisch Unterhaltskosten an das Kind übernimmt, ist damit ausgeschlossen. Demzufolge hat der Gemeinderat X den Antrag des Rekurrenten auf Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen bzw. von Pflegegeldkosten zu Recht abgewiesen.
(...)

III. Verwaltungsrechtspflege

134

Art. 43ter VRP (sGS 951.1). Ob die Zustimmung zu einer vom Rekurrenten verlangten Sprungbeschwerde erteilt wird, liegt im pflichtgemässen Ermessen der Rekursinstanz. Allein der Umstand, dass in einem früheren Verfahren über die grundsätzlich gleiche Frage entschieden wurde, begründet keine Notwendigkeit, einer Sprungbeschwerde zuzustimmen.

Baudepartement, 22. Januar 2010

Das Baudepartement hatte sich im Jahr 2008 mit einem Rekurs betreffend die verweigerte Aufhebung eines Überbauungsplans zu befassen. Der Rekurs wurde abgewiesen. Ein Jahr später erhob ein anderer betroffener Grundeigentümer Rekurs beim Baudepartement und beantragte ebenfalls die Aufhebung des fraglichen Überbauungsplans. Zudem beantragte er die Überweisung der Rekursache an das Verwaltungsgericht (Sprungbeschwerde), mit der Begründung, das Baudepartement vertrete aufgrund des Verfahrens aus dem Jahr 2008 eine vorgefasste Meinung und sei in der Sache befangen.

Aus den Erwägungen:

2. Der Rekurrent stellt den Antrag, es sei die Rekursache direkt dem Verwaltungsgericht zum Entscheid zu überweisen.

2.1. Gemäss Art. 43ter VRP können Regierung und zuständiges Departement mit Zustimmung des Rekurrenten auf den Entscheid verzichten und die Streitsache als Beschwerde dem Verwaltungsgericht zur Erledigung überweisen, wenn gegen den Rekursentscheid die Beschwerde an dasselbe offenstehen würde (Sprungbeschwerde).

2.2. Vorliegend kann sowohl die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes als auch das Vorliegen der Zustimmung des Rekurrenten bejaht werden. Erforderlich ist im Weiteren aber auch das Einverständnis der Rekursinstanz; diese prüft, ob sie das Verfahren überweisen soll, was beispielsweise im Fall einer möglichen Interessenkollision sinnvoll sein kann oder wenn verfahrensökonomische Gründe dafür sprechen. Angeordnet wird die Überweisung vorab dann, wenn Rechts- und nicht Ermessensfragen streitig sind (vgl. Cavelti/Vögeli, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton St.Gallen – dargestellt am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St.Gallen 2003, N1168).

2.3. Aus Sicht des Baudepartementes besteht kein Anlass, den Rekurs gestützt auf Art. 43ter VRP zur direkten Entscheidung an das Verwaltungsgericht zu überweisen. Weder besteht eine Interessenkollision noch ist eine Überweisung verfahrensökonomisch angezeigt. Auch die Tatsache, dass das Baudepartement in Bezug auf den Überbauungsplan G. bereits einmal entscheiden musste, rechtfertigt die Überweisung nicht. Soweit im vorliegenden Verfahren neue Vorbringen und Gründe für die Überprüfung und Aufhebung des Überbauungsplans geltend gemacht werden, welche zu den im früheren Verfahren vorgebrachten hinzukommen, werden diese auch neu zu prüfen und zu würdigen sein; entsprechend ist auch eine vom ersten Entscheid abweichende Beurteilung nicht von vornherein ausgeschlossen. Soweit solche neuen Gründe nicht ersichtlich sind oder diese die Beurteilung in materieller Hinsicht nicht zu ändern vermögen, wird bereits aus Gründen der Rechtssicherheit am vorangegangenen Entscheid festzuhalten sein. Daraus ergibt sich aber keine Notwendigkeit, das Verfahren zur Beurteilung direkt an das Verwaltungsgericht weiterzuleiten. Aus dem Umstand allein, dass in einem früheren Verfahren über die grundsätzlich gleiche Rechtsfrage entschieden wurde, kann im Übrigen in der Regel auch nicht auf eine zum Ausstand führende Vorbefassung geschlossen werden (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., N189, 194). Der Antrag auf Überweisung des Rekurses gestützt auf Art. 43ter VRP wird demzufolge abgewiesen.

135

Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Ein Privater muss sämtliche Rügen gegen einen Ortsplanungserlass während der öffentlichen Auflage durch Einsprache und anschliessend auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg geltend machen. Das an das Rekursverfahren anschliessende Genehmigungsverfahren hat nicht den Zweck, ein verpasstes oder unvollständiges Rechtsmittel nachzuholen. Für Rügen, die auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg hätten vorgebracht werden können und müssen, fehlt dem Privaten im Rekursverfahren gegen den Genehmigungsentscheid daher das Rechtsschutzinteresse und damit die Legitimation.

Regierung, 16. Februar 2010

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 31 Abs. 1 des Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt BauG) bedürfen Baureglemente, Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- und Abbaupläne sowie Schutzverordnungen der Genehmigung des zuständigen Departementes. Vorliegend ist das Baudepartement das für die Genehmigung zuständige Departement (Art. 25 Bst. a^{bis} des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei [sGS 141.3; abgekürzt GeschR]). Nach Art. 31 Abs. 2 BauG können Verfügungen des zuständigen Departementes bei der Regierung angefochten werden. Die Regierung ist deshalb für die Behandlung des vorliegenden Rekurses, welcher sich gegen die Genehmigungsverfügung des Baudepartementes vom 18. September 2009 richtet, zuständig.

3. Die Verfügung des Baudepartementes vom 18. September 2009 ist ein taugliches Anfechtungsobjekt im Sinn von Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

4. a) Zur Erhebung eines Rekurses ist berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut (Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Rechtsmittelbefugnis wird im Wesentlichen an ein (materielles) Rechtsschutzinteresse und die (formelle) Beschwer gebunden. In Bezug auf das Rechtsschutzinteresse muss der Beschwerdeführer Interessen dartun können, die verdienen, geprüft zu werden. Dazu sind eigene Interessen erforderlich. Gegen behördliches Handeln soll daher grundsätzlich nur einschreiten können, wer selbst davon betroffen ist. Weiteres Element des Rechtsschutzinteresses besteht in der Schutzwürdigkeit des oder der geltend gemachten Interessen. Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Der Rekurrent muss stärker als jedermann berührt sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Dabei liegt das schutzwürdige Interesse im praktischen Nutzen, den ein erfolgreich geführtes Rechtsmittel dem Betroffenen in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Situation einträgt. Die Anfecht-

tung einer Verfügung oder eines Entscheids muss die Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils demnach zumindest möglich machen. Die Befugnis zur Rechtmittelerhebung setzt zudem eine (formelle) Beschwer des Rekurrenten voraus, d. h., dass jemand mit seinem Rechtsbegehren nicht oder nicht vollständig durchgedrungen ist. Zudem muss das Anfechtungsinteresse des Rekurrenten aktuell sein. Dies bedeutet, dass die rechtliche oder tatsächliche Situation für den Beschwerdeführer durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst wird. Das Rechtsschutzinteresse darf aber nicht bereits im Zeitpunkt der Erhebung des Rekurses dahingefallen sein. Trotz Hinfall des Rechtsschutzinteresses kann entschieden werden, wenn wegen der Dauer des Verfahrens sonst nie rechtzeitig ein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeizuführen wäre oder wenn die Entscheidung in der Sache aus anderen Gründen als angebracht erscheint (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., St.Gallen 2003, Rz. 386 ff.; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 535 ff.; beide mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

b) Die Genehmigung von Erlassen ist ein Institut der Staatsaufsicht über die Gemeinden (Art. 158 Bst. c des Gemeindegesetzes [sGS 151.2; abgekürzt GG]; H. Hess, Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, St.Gallen 1983, S. 104). Im Genehmigungsverfahren ist zunächst zu prüfen, ob das Verfahren nach Art. 29 ff. BauG ordnungsgemäss durchgeführt worden ist. Der Gemeinderat hat insbesondere darzutun, dass die vorgeschriebenen amtlichen Bekanntmachungen nach Art. 29 Abs. 1 Satz 2 und Art. 30 Abs. 3 BauG sowie Art. 5 Abs. 1 GG erfolgt sind. Sodann ist der kommunale baurechtliche Erlass auf seine Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht zu überprüfen. Die Kontrolle beschränkt sich im Genehmigungsverfahren nicht auf die Rechtmässigkeit, sondern umfasst auch die Angemessenheit (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 BauG). Im Rahmen der Zweckmässigkeitsprüfung hat das Baudepartement allerdings die Regel von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 BauG zu beachten. Danach steht der Gemeinde bei der Ortsplanung eine erhebliche Entscheidungsfreiheit im Sinn der Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie zu (Hess, a. a. O., S. 105 ff.). Das Genehmigungsverfahren wird abgeschlossen durch den Entscheid des Baudepartementes auf Genehmigung oder Nichtgenehmigung. Adressat der Genehmigungsverfügung ist der Gemeinderat. In Bezug auf die Legitimation von Dritten zur Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den Genehmigungsentscheid stellte das Verwaltungsgericht im Entscheid vom 20. November 1997 klar, dass Nutzungspläne bei der öffentlichen Auflage anzufechten sind und der Genehmigungsentscheid der kantonalen Behörde dem betroffenen Grundeigentümer nicht die Möglichkeit eröffnet, ein verpasstes Rechtsmittel nachzuholen (GVP 1997 Nr. 14). Das ordentliche Rechtsmittel gegen einen Nutzungsplan ist demnach die Einsprache.

c) In der gegen den Genehmigungsentscheid gerichteten Eingabe rügen die Rekurrenten, die aufgrund des Gestaltungsplans B. geplanten Gebäude würden ihre

Grundstücke während des Winterhalbjahrs massiv beschatten. Wegen der ansteigenden Topografie würde vor ihren Häusern eine 17 m hohe, geradezu erdrückende Wand aufgebaut. Dies bewirke im Sinn von Art. 684 ZGB übermässige und damit unzulässige materielle sowie ideelle Immissionen. Im Weiteren rügen sie die Verletzung von Art. 28 BauG und Art. 7 des Baureglements der Gemeinde M. vom 11. Juli 2005, indem sie ausführen, mit dem Gestaltungsplan B. würde weder eine städtebaulich vorzügliche Gestaltung erreicht, noch würden sich die geplanten Bauten gut ins Dorfbild einordnen. In Bezug auf die geltend gemachten Interessen kann festgestellt werden, dass die Rekurrenten im vorliegenden Verfahren die gleichen Argumente vorbringen, wie im Rekursverfahren gegen den Einspracheentscheid. Das Baudepartement hat sich im Entscheid Nr. 5/2009 mit diesen Argumenten in den Erwägungen Ziffern 3 und 5 ausführlich auseinandergesetzt. Gegen den Rekursentscheid des Baudepartementes stand den Rekurrenten gestützt auf Art. 59bis VRP ein Rechtsmittel zur Verfügung. Mit Eingabe vom 19. Februar bzw. 1. April 2009 machten sie von diesem Rechtsmittel Gebrauch, was zur Folge haben wird, dass sich das Verwaltungsgericht nach Abschluss des Genehmigungsverfahrens mit diesen Argumenten befassen müssen.

d) Vor dem Hintergrund, dass den Rekurrenten zur Anfechtung des Gestaltungsplans B. ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung stand, von dem sie auch Gebrauch machten, und dass sie im vorliegenden Verfahren zudem keine neuen Argumente geltend machen, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie durch den Genehmigungsentscheid in ihren eigenen Interessen betroffen sein sollten. Es fehlt ihnen deshalb an einem Rechtsschutzinteresse. Damit sind die Rekurrenten zur Ergreifung des Rechtsmittels nicht legitimiert. Auf den Rekurs ist deshalb nicht zutreten.

136

Art. 98 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). In erstinstanzlichen Verwaltungs- und Einspracheverfahren werden grundsätzlich keine ausseramtlichen Kosten entschädigt. Aufwendungen, die im Rahmen eines erstinstanzlich geführten Korrekturgesuchsverfahrens oder erstinstanzlich geführter Vergleichsgespräche anfallen, werden daher bei der Bemessung einer ausseramtlichen Entschädigung für das Rekursverfahren nicht berücksichtigt.

Baudepartement, 26. Juli 2010

Aus den Erwägungen:

3.1. Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften des Zivilpro-

zessgesetzes (sGS 961.1; abgekürzt ZPO) finden sachgemässe Anwendung (Art. 98ter VRP). Bei Gegenstandslosigkeit ist die ausseramtliche Entschädigung entsprechend den Verhältnissen im Einzelfall nach Ermessen festzulegen (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 266 ZPO). Dabei fällt in Betracht, wer Anlass zur Erhebung des Rechtsmittels gegeben hat, welcher Verfahrensbeteiligte nach der Aktenlage vermutlich ganz oder teilweise obsiegt hätte, wer die Gegenstandslosigkeit und wer unnötigerweise Kosten verursacht hat (GVP 1996 Nr. 89 und 1987 Nrn. 91 und 93). Vorliegend ist die Gegenstandslosigkeit des Rekurses als Folge des Rückzugs des Baugesuchs durch die Bauherrschaft zu vertreten, womit sie als unterliegend gilt und gegenüber dem Rekurrenten entschädigungspflichtig wird. Besondere Umstände, welche eine anderweitige Kostenverlegung rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Es bleibt folglich, die Höhe der ausseramtlichen Entschädigung festzulegen.

3.2. Ausseramtliche Kosten werden im Rekursverfahren entschädigt, soweit sie aufgrund der Sach- oder Rechtslage als notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Vorliegend stellten sich nicht einfach zu beantwortende tatsächliche und rechtliche Fragen, welche den Beizug eines Rechtsanwalts rechtfertigten. Gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75; abgekürzt HonO) beträgt das Honorar vor Verwaltungsbehörden pauschal Fr. 500.– bis Fr. 6000.–.

3.2.1. Der rekurrentische Rechtsvertreter macht gemäss den mit der Kostennotiz eingereichten detaillierten Aufschrieben über die Zeit vom 2. Juni 2008 bis 4. Mai 2010 ein Honorar von insgesamt Fr. 6900.– geltend. Im Begleitschreiben vom 6. Mai 2010 weist er darauf hin, dass die Bemühungen im Rahmen des vorgängigen Einspracheverfahrens nicht berücksichtigt seien, sich die Sache jedoch auch deshalb als äusserst aufwendig erwiesen habe, als immer wieder Korrekturpläne etc., die im Rahmen des noch nicht abgeschriebenen Rekursverfahrens präsentiert worden seien, zu prüfen gewesen seien.

3.2.2. Das geltend gemachte Honorar übersteigt den in Art. 22 Abs. 1 Bst. a HonO festgehaltenen Kostenrahmen. Es umfasst zwar den über einen Zeitraum von fast zwei Jahren angefallenen Aufwand; allerdings ist zu berücksichtigen, dass das am 27. Juni 2008 beim Baudepartement anhängig gemachte Rekursverfahren mit Blick auf das im Nachgang zum Augenschein in Aussicht gestellte Korrekturgesuch mit verfahrensleitender Anordnung vom 17. November 2008 erstmals sistiert und die Sistierung in der Folge bis zum Abschluss des von der Vorinstanz geführten Korrekturgesuchsverfahrens anfangs Mai 2010 aufrechterhalten wurde. Der im Rahmen jenes Verfahrens angefallene Aufwand kann nun – entsprechend dem Grundsatz, dass ausseramtliche Kosten in erstinstanzlichen Verfahren grundsätzlich nicht entschädigt werden (Art. 98 Abs. 3 Bst. b VRP) – im Rekursverfahren nicht geltend gemacht werden. Es gibt keinen Anlass, ein Korrekturgesuch, das bei der Vorinstanz aufgrund der vorläufigen Ergebnisse eines Rekursverfahrens eingereicht wird und dessen Sistierung zur Folge hat, in Bezug auf die Kostenverlegung anders zu be-

handeln als ein der Vorinstanz erst nach Rückzug des ersten Baugesuchs und folglich Abschluss des Rekursverfahrens vorgelegtes neues Baugesuch. Der einem allfälligen Einspracheberechtigten anfallende Prüfungs- und Kostenaufwand ist in beiden Fällen dem vor der ersten Instanz zu führenden Verfahren zuzurechnen und damit nicht entschädigungspflichtig. Dementsprechend können die vom rekurrentischen Rechtsvertreter während der Sistierung des vorliegenden Rekursverfahrens geltend gemachten Bemühungen, soweit sie nicht in direktem Zusammenhang mit letzterem stehen und als notwendig erscheinen, nicht berücksichtigt werden und ist die Kostennote zu kürzen.

