

### I. Staats- und Verwaltungsrecht

---

#### 1. Verfassung

---

##### 1

*Art. 8 und 9 BV (SR 101); Art. 243 und 244 GG (sGS 151.2).* Einbürgerungsentscheide sind Verwaltungsakte bzw. Verfügungen, die dem Willkürverbot und dem Diskriminierungsverbot unterliegen. Einbürgerungsgesuchsteller haben Anspruch auf rechtliches Gehör sowie auf Begründung des Entscheids. Eine ungenügende Begründung eines Einbürgerungsentscheids kann mit Kassationsbeschwerde nach Art. 243 GG gerügt werden. Die Anforderungen an die Begründungsdichte eines Einbürgerungsentscheides sind aber aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen dem Anspruch des Gesuchstellers auf eine Begründung und den direktdemokratischen Rechten der Stimmbürger weit weniger hoch als bei Entscheiden von Rechtsmittelbehörden oder Gerichten. Die ablehnenden Entscheide der Bürgerversammlung von Rheineck vom 25. März 2005 waren mit dem stereotypen Hinweis auf «mangelnde Beteiligung am Städtlileben» dennoch unzureichend begründet; allerdings lag keine Diskriminierung der Gesuchsteller vor. Diese hätten zudem Anspruch auf Beteiligung am Kassationsbeschwerdeverfahren gehabt. Im Ergebnis hat das Departement des Innern die ablehnenden Entscheide zu Recht wegen mangelhafter Begründung aufgehoben; die Angelegenheit wurde vom Verwaltungsgericht aber zur Beteiligung der Gesuchsteller am Verfahren an das Departement zurückgewiesen.

*Verwaltungsgericht, 6. Dezember 2005*

Die Bürgerschaft der Gemeinde Rheineck lehnte an der ordentlichen Bürgerversammlung vom 21. März 2005 zwölf der insgesamt vierzehn Einbürgerungsvorlagen ab. Am 1. April 2005 erhob die Stimmbürgerin X. Kassationsbeschwerde. Das Departement des Innern hielt in seinem Entscheid vom 23. August 2005 fest, Ein-

bürgerungsbeschlüsse seien als Verwaltungsakte zu betrachten. Die Einbürgerungswilligen hätten daher Anspruch auf rechtliches Gehör und auf eine Begründung des Entscheids. Die Begründungsdichte sei hoch anzusetzen; die Eigenart des Einbürgerungsverfahrens rechtfertige eine Herabsetzung der hohen Anforderungen nicht. Die standardisierte Begründung «mangelnde Beteiligung am Städtlileben» sei ungenügend. Ausserdem seien die ablehnenden Einbürgerungsentscheide diskriminierend, da alle abgelehnten Bewerber moslemischen Glaubens seien. Gegen den Entscheid des Departements des Innern erhob die Politische Gemeinde Rheineck Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Kassationsbeschwerden gegen Beschlüsse der Bürgerschaft können einerseits wegen Rechtswidrigkeit und andererseits wegen Verfahrensmängeln erhoben werden.

Nach Art. 243 Abs. 1 GG können Beschlüsse der Bürgerschaft sowie referendumpflichtige Beschlüsse von Stimmberechtigten und von anderen Personen, die an der Änderung oder Aufhebung ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartun, wegen Rechtswidrigkeit mit Kassationsbeschwerde beim zuständigen Departement angefochten werden.

Sodann können nach Art. 244 Abs. 1 GG Beschlüsse der Bürgerschaft von Stimmberechtigten wegen Verfahrensmängeln, die bei der amtlichen Vorbereitung oder Durchführung der Abstimmung vorgekommen sind, mit Kassationsbeschwerde beim zuständigen Departement angefochten werden. Nach Art. 244 Abs. 2 GG gelten Verfahrensmängel in der Bürgerversammlung nur als Kassationsgründe, wenn sie in der Versammlung gerügt worden sind oder wenn der Beschwerdeführer nachweist, dass es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt unmöglich war, die Verfahrensmängel wahrzunehmen oder zu rügen.

b) Einbürgerungsentscheide galten bisher als politische Entscheide bzw. als Souveränitätsakte, analog dem Erlass von Gesetzen oder von Begnadigungen (vgl. Yvo Hangartner, Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, in: AJP 2004, S. 7; BGE 129 I 235 vom 9. Juli 2003 E. 3.1 und 3.3 mit Hinweisen auf die frühere Lehre und Rechtsprechung). Dementsprechend stand gegenüber ablehnenden Einbürgerungsentscheiden kein Rechtsmittel offen. Aufgrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Einbürgerungsentscheide aber als Verwaltungsakte bzw. als Verfügungen zu betrachten (BGE 129 I 238 E. 3.3). Das Bundesgericht erkannte Einbürgerungsgesuchstellern einen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Begründung des Entscheids zu und hielt fest, Einbürgerungsentscheide unterlägen dem Willkürverbot und dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 BV. Es qualifizierte Urnenabstimmungen über Einbürgerungen als unzulässig, da solche Entscheide systembedingt nicht begründet werden könnten (BGE 129 I 243 E. 3.7).

c) Nach der gesetzlichen Ordnung besteht, abgesehen von hier nicht zur Diskussion stehenden Sonderfällen, kein Rechtsanspruch auf Einbürgerung. Ein solcher wurde im Vorfeld der Abstimmung über die neue Kantonsverfassung diskutiert; er wurde aber nicht in die dem Stimmvolk unterbreitete Verfassungsvorlage aufgenommen (ABI 2001, S. 1111 f.). Nach Art. 104 Abs. 1 KV entscheiden die Stimmberechtigten der Politischen Gemeinde über die Erteilung des Gemeindebürgerrechts. Dies bedeutet, dass entweder das Gemeindeparlament, wo ein solches besteht, oder die Stimmberechtigten an der Bürgerversammlung über Einbürgerungsgesuche entscheiden.

Nach den Urteilen des Bundesgerichts vom 9. Juli 2003 hat der Kantonsrat ein neues Bürgerrechtsgesetz verabschiedet (vgl. ABI 2004, S. 2213 ff.). Dieses wurde aber in der Volksabstimmung vom 24. November 2004 abgelehnt. In der Folge hat die Regierung eine befristete Verordnung (sGS 121.12) erlassen, welche das bestehende kantonale Bürgerrechtsgesetz (sGS 121.1, abgekürzt BÜG des Kantons St. Gallen) den Vorgaben der neuen Kantonsverfassung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts anpasst.

d) In einem weiteren Entscheid hat sich das Bundesgericht über die vom Kanton Schwyz erlassene Verordnung über das Einbürgerungsverfahren geäußert (BGE 130 I 140 ff.). Es hat in diesem Urteil festgehalten, das Verfahren des Kantons Schwyz betr. Entscheidungen über Einbürgerungen an der Bürgerversammlung sei geeignet, die verfassungsmässigen Vorgaben einzuhalten (BGE 130 I 154 E. 5.3.6).

e) Einbürgerungsentscheide stehen somit in einem Spannungsverhältnis verschiedener sich zum Teil tangierender und widersprechender Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze. Einerseits ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie erwähnt der Einbürgerungsentscheid als Verwaltungsakt bzw. als Verfügung zu qualifizieren, wobei in formeller Hinsicht das rechtliche Gehör und die Begründungspflicht und materiell das Diskriminierungs- und das Willkürverbot zur Anwendung kommen. Demgegenüber stehen die verfassungsrechtlichen Grundsätze, dass der Entscheid über Einbürgerungen in einem direktdemokratischen Verfahren getroffen wird, dass kein Anspruch auf Einbürgerung besteht und dass sich die Stimmenden auf die grundrechtlich gewährte Garantie der politischen Rechte und die freie Willensbildung berufen können (Art. 34 BV).

3. a) Die Gemeinde Rheineck macht geltend, das Departement hätte auf die Kassationsbeschwerde gar nicht eintreten dürfen, da eine Rüge nach Art. 244 Abs. 2 GG unterblieben sei. . . .

c) Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Kassationsbeschwerde an das Departement ausdrücklich fest, es sei ihr nicht möglich gewesen, die geltend gemachten Mängel noch an der Versammlung zu rügen. Sie hat dies mit einem als teilweise unwürdig bezeichneten Ablauf der Gemeindeversammlung begründet. Auch hinsichtlich der Konsultativabstimmung hielt sie ausdrücklich fest, die Vorkommnisse an der Gemeindeversammlung hätten es ihr nicht ratsam erscheinen lassen, einen Beschwerdeantrag gemäss Art. 244 GG anzukündigen. Sie habe Repressalien befürchtet.

d) Die Regierung hat in dem von der Vorinstanz angeführten Entscheid (GVP 1973 Nr. 33) festgehalten, es sei mit den rein formellen Voraussetzungen der Kassationsbeschwerde streng zu nehmen. Andererseits sei zu beachten, dass ein Bürger, der sich in rechtlichen Belangen nicht gut auskenne, nicht unbedingt in der Lage sei, auf Anhieb zu erklären, welcher Art der Mangel sei und wie er ihn zu rügen habe.

Die Beschwerdegegnerin ist Präsidentin des ... und hat sich in dieser Funktion auch an Verwaltungsjustizverfahren beteiligt (vgl. VerwGE ...). Sie hat sich ausserdem vor der Bürgerversammlung beim zuständigen Departement nach den Voraussetzungen für die Erhebung einer Kassationsbeschwerde erkundigt. Sie kann somit nicht als eine in rechtlichen Belangen unerfahrene Person bezeichnet werden. Würde dem Standpunkt der Vorinstanz gefolgt, wäre jede Äusserung eines auf der unterlegenen Seite stehenden Stimmberechtigten als Rüge im Sinne von Art. 244 Abs. 2 GG zu qualifizieren. Obwohl die Rüge nicht zwingend und unter Berufung auf das Gesetz als solche zu bezeichnen ist, so ist doch mit einem Mindestmass an Bestimmtheit und Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen, dass bei der Vorbereitung oder Durchführung einer Abstimmung ein Verfahrensfehler moniert wird. Im Protokoll ist lediglich vermerkt: «X. präzisieren» (vgl. Entscheid der Vorinstanz vom 21. Juni 2005 und VerwGE B 2005/121 vom 13. September 2005). Die Beschwerdegegnerin hielt ausdrücklich fest, es sei ihr nicht möglich gewesen, die erwähnten Mängel noch an der Versammlung zu rügen, und führt als Begründung den Verlauf der Versammlung an. Das Departement erblickte im Verlauf der Versammlung aber keinen Grund, der es der Beschwerdegegnerin unmöglich oder unzumutbar gemacht hätte, Rügen bzw. Kritik vorzubringen. Es hielt fest, selbst wenn von einer solchen schwierigen Stimmung auszugehen wäre, wie sie die Beschwerdegegnerin geltend mache, so hätte sich diese für eine Rüge nicht ein weiteres Mal an die Stimmbürger wenden müssen. Da sie sich sowohl bei den Einbürgerungsvorlagen wie auch bei der Konsultativabstimmung zu Wort gemeldet habe, wäre es ihr ohne weiteres möglich gewesen, im Rahmen ihrer Voten auch den entsprechenden Teil ihrer Kritik an der Verfahrensleitung anzubringen. Die Ereignisse rund um die Einbürgerungsvorlagen hätten sie nicht davon abgehalten, sich im Zusammenhang mit dem Areal Krone ein weiteres Mal an die Stimmbürger zu wenden. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb sie dies für die nach ihrer ersten Wortmeldung wahrgenommenen Verfahrensmängel nicht ebenfalls hätte tun sollen. Die an der Versammlung herrschende Stimmung habe sie nicht davon abgehalten, sich zweimal aktiv an den Diskussionen zu beteiligen. Da diese Beteiligung möglich gewesen sei, könne nicht gesagt werden, dass es ihr nicht zumutbar gewesen sei, die bei entsprechender Sorgfalt wahrnehmbaren Verfahrensmängel im Rahmen der beiden Beteiligungen oder im dazwischen liegenden Zeitraum zu rügen.

Diesen Ausführungen der Vorinstanz schliesst sich das Gericht an. Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Eingabe an die Vorinstanz vom 1. April 2005 ausdrücklich fest, es sei ihr trotz erfolgter vorschriftsgemässer Ankündigung durch den Versammlungsleiter nicht möglich gewesen, die Mängel noch an der Versammlung

zu rügen. Sie ging also selbst davon aus, sie habe an der Versammlung keine Verfahrensmängel gerügt. Sie hat laut Protokoll einen Votanten zur Präzisierung seiner Aussage aufgefordert. Dabei handelt es sich um ein Votum in einer Diskussion zwischen zwei Versammlungsteilnehmern. Die Äusserung wurde denn auch im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. September 2005 als Diskussionsvotum qualifiziert. Selbst wenn sich anführen liesse, ihr Votum habe bezweckt, eine konkrete Begründung eines ablehnenden Antrags zu erwirken, so kann darin keine Rüge eines Verfahrensmangels nach Art. 244 GG erblickt werden. Die Beschwerdegegnerin hat nach ihrem Votum eingestandenermassen nicht mehr darauf beharrt, dass der besagte Votant zu einer weiteren Äusserung aufgefordert wurde. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat sie sich trotz der geltend gemachten Stimmung an der Versammlung auch nach ihrem Votum aktiv an Diskussionen beteiligt. Dennoch liess sie sich nicht mehr zum Disput mit dem besagten Votanten vernehmen und wandte sich in diesem Zusammenhang auch nicht an den Versammlungsleiter, um ihrem Anliegen Nachachtung zu verschaffen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass eine Rüge nach Art. 244 Abs. 2 GG nicht erfolgt ist und es der Beschwerdegegnerin bei zumutbarer Sorgfalt möglich war, den Verfahrensmangel an der Versammlung zu rügen. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht auf die Kassationsbeschwerde nach Art. 244 GG eingetreten.

e) Selbst wenn eine hinreichende Rüge vorliegen würde, wäre die Vorinstanz zu Unrecht auf die Kassationsbeschwerde nach Art. 244 GG eingetreten.

Art. 244 GG regelt die Stimmrechtsbeschwerde im engeren Sinn. Mit ihr können Verfahrensmängel gerügt werden, die bei der Vorbereitung oder Durchführung der Abstimmung vorgekommen sind. Solche Verfahrensmängel beeinträchtigen die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe und damit letztlich die politischen Rechte jedes Einzelnen (vgl. Ch. Hiller, Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 96). Die Willensbildung und Willenskundgebung der Stimmberechtigten soll ungehindert und frei von unzulässigen Beeinflussungen erfolgen. Mit der Stimmrechtsbeschwerde kann daher beispielsweise gerügt werden, die aktive oder passive Stimmberechtigung sei verletzt, die Aktivbürgerschaft sei unrichtig zusammengesetzt, eine Unterschriftensammlung für eine Initiative oder ein Referendum sei behindert worden, eine Behörde habe unzulässige Propaganda betrieben oder ein Abstimmungsergebnis sei nicht korrekt ermittelt worden (Hiller, a. a. O., S. 102 ff.). Als Verfahrensfehler bei Wahlen und Abstimmungen gelten etwa eine verspätete Ankündigung einer Abstimmung oder das unvollständige Verteilen von Abstimmungsmaterial, eine fehlerhafte Ermittlung des absoluten Mehrs, Unregelmässigkeiten bei der Stimmabgabe oder formelle Unregelmässigkeiten in der Leitung einer Gemeindeversammlung (vgl. die Beispiele bei Hiller, a. a. O., S. 126 f.).

Im vorliegenden Fall ging die Vorinstanz davon aus, eine unzureichende Begründung mache die Ablehnung von Einbürgerungsvorlagen nicht deshalb rechtswidrig, weil es diese in Widerspruch zu übergeordnetem Recht setze, sondern stelle einen Mangel im Entstehungsverfahren dar, der dazu führe, dass die Rechtswidrigkeit

der Ablehnung nicht überprüft werden könne. Indem die unzureichende Begründung lediglich die Überprüfung der Rechtswidrigkeit verhindere, sei sie als Verfahrensmangel bei der Durchführung der Abstimmung zu werten.

Das Verwaltungsgericht kann dieser Auffassung nicht folgen. Eine unzureichende Begründung eines Votums oder eines Beschlusses der Versammlung verletzt weder die Freiheit der Willensbildung noch die unverfälschte Stimmabgabe der Beschwerdegegnerin oder der übrigen Stimmberechtigten. Dadurch, dass ein Votant oder Antragsteller seinen Antrag nicht entsprechend den Vorstellungen der Beschwerdegegnerin präziserte und die Versammlung einen Entscheid fällte, dessen Begründung unzureichend ist, wurde die Beschwerdegegnerin in ihren politischen Rechten, ihrer Freiheit der ungehinderten und unbeeinflussten Willensbildung und Stimmabgabe nicht beeinträchtigt. Das Fehlen einer hinreichenden Begründung eines ablehnenden Beschlusses ist vielmehr, wie nachfolgend darzulegen ist, eine Rechtswidrigkeit im Sinn von Art. 243 Abs. 1 GG.

Nach Art. 244 Abs. 3 GG wird zudem als Kassationsgrund vorausgesetzt, dass der Verfahrensmangel von entscheidendem Einfluss auf das Abstimmungsergebnis gewesen ist oder hätte sein können. Die Vorinstanz ging davon aus, eine in Form einer unzureichenden Begründung begangene Verletzung des rechtlichen Gehörs sei ein Verfahrensmangel, der in jedem Fall von entscheidendem Einfluss auf das Abstimmungsergebnis sei. Das Verwaltungsgericht kann auch diese Auffassung nicht teilen. Es ist vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern das Abstimmungsergebnis durch die fehlende Präzisierung bzw. die unzureichende Begründung des Ablehnungsantrags beeinflusst wurde bzw. hätte beeinflusst werden können. Die Argumentation der Vorinstanz läuft darauf hinaus, dass jede inhaltlich, also materiell unrichtige Entscheidung zu einer Kassation wegen Verfahrensmängeln führt. Damit würde aber der vom Gesetzgeber gezogene Rahmen gesprengt. Voraussetzung für die Kassation einer Abstimmung ist nach Art. 244 Abs. 3 GG nicht nur ein Verfahrensfehler, sondern der Umstand, dass sich der Fehler in einer bestimmten Art und Weise – auf die ungehinderte und unbeeinflusste Willensbildung – auswirkte bzw. hätte auswirken können. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Für Rechtswidrigkeiten, die nicht das Zustandekommen einer Entscheidung beschlagen, sieht das Gesetz nicht die Kassationsbeschwerde nach Art. 244 GG vor, sondern jene nach Art. 243 GG (vgl. unten Erw. 4 f.).

4. Bei der Kassationsbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit nach Art. 243 Abs. 2 GG ist eine Rüge, wie sie das Gesetz für die Kassationsbeschwerde nach Art. 244 GG voraussetzt, nicht erforderlich. Insoweit stellt sich die Frage einer besonderen Eintretensvoraussetzung nicht. Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, die Legitimation der Beschwerdegegnerin sei nicht gegeben, da diese selber keine Rechtsverletzungen erlitten habe.

a) Art. 243 Abs. 1 GG sieht vor, dass Beschlüsse von Stimmberechtigten und von anderen Personen, die an der Änderung oder Aufhebung ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartun, angefochten werden können. Während also Verfahrens-

mängel gemäss Art. 244 Abs. 1 GG nur von Stimmberechtigten gerügt werden können, sind zur Kassationsbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit auch solche Personen legitimiert, die nicht in ihrer Eigenschaft als Stimmberechtigte, sondern aus anderen Gründen in ihren persönlichen Verhältnissen bzw. in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen sind. Das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses in Art. 243 Abs. 1 GG bezieht sich lediglich auf diejenigen Personen, denen die Stimmberechtigung nicht zukommt. Die Kassationsbeschwerde oder Stimmrechtsbeschwerde dient dem Schutz der politischen Rechte des einzelnen Stimmbürgers. Sie setzt nicht eine Beeinträchtigung in persönlichen Interessen voraus (BGE 123 I 46). Werden Bestimmungen über die politischen Rechte des Bürgers verletzt, ist dieser in seiner Stellung als Stimmbürger betroffen, weshalb er ohne weiteres zur Erhebung der Stimmrechtsbeschwerde befugt ist. Durch das politische Stimm- und Wahlrecht nehmen die Bürger nämlich nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine Organkompetenz und damit eine öffentliche Funktion wahr. Eine Verletzung der politischen Rechte kann deshalb in Frage stehen ohne Rücksicht darauf, ob der Bürger irgendwie in seinen persönlichen Rechten betroffen ist, und mit der Stimmrechtsbeschwerde werden immer auch öffentliche Interessen verfolgt (BGE 119 Ia 171 f.; Hiller, a. a. O., S. 257 ff.). Daraus folgt, dass die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zur Kassationsbeschwerde wegen Rechtswidrigkeit der ablehnenden Einbürgerungsentscheide legitimiert war.

b) Das Bundesgericht leitet in seiner Rechtsprechung die Begründungspflicht bei Einbürgerungsentscheiden daraus ab, dass in solchen Verfahren über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden wird und die Gesuchsteller Anspruch auf Parteistellung haben. Ausserdem leitet es den Anspruch auf Begründung auch aus dem Diskriminierungsverbot ab (BGE 129 I 237 ff. E. 3.3 und 3.4). Im Zentrum steht der Anspruch des Gesuchstellers auf einen diskriminierungsfreien Entscheid. Dieser steht den Betroffenen unabhängig vom Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung zu. Das Fehlen einer hinreichenden Begründung eines Entscheides oder das Vorliegen eines diskriminierenden Entscheides kann aber nach Art. 243 Abs. 1 GG gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht nur von einem Gesuchsteller, sondern von jedem Mitglied der Stimmbürgerschaft gerügt werden. Insoweit sind die Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen die Legitimation der Beschwerdegegnerin nicht stichhaltig.

5. Zu prüfen ist im folgenden, ob das Departement zu Recht die Begründung der Einbürgerungsentscheide als ungenügend qualifiziert hat.

a) Das Bundesgericht hat Urnenabstimmungen über Einbürgerungsgesuche namentlich deshalb als unzulässig qualifiziert, weil bei Urnenabstimmungen eine Begründung systembedingt nicht möglich sei (BGE 129 I 243 E. 3.7). Es hat hingegen in einem später ergangenen Urteil festgehalten, dass Entscheide an Bürgerversammlungen den verfassungsrechtlichen Normen entsprechend gefällt werden können (BGE 130 I 154). Werden an der Gemeindeversammlung selbst Gründe für die Ablehnung einer konkreten Einbürgerung genannt und wird darüber unmittelbar

im Anschluss an die Diskussion abgestimmt, so kann angenommen werden, dass die ablehnenden Gründe von der Mehrheit der Abstimmenden mitgetragen werden. In der Regel wird damit ein ablehnender Gemeindeversammlungsbeschluss hinreichend begründet werden können, so dass der abgelehnte Bewerber weiss, weshalb sein Gesuch abgewiesen wurde, und der Entscheid gegebenenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann (BGE 130 I 154 mit Hinweis auf Thürer/Frei, Einbürgerungen im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: ZSR 2004 I S. 225 f., und Hangartner, a. a. O., S. 3 ff., insbes. S. 16 f.).

b) Auch das Departement ging grundsätzlich davon aus, dass Einbürgerungsentscheide an Bürgerversammlungen den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV entsprechend begründet werden können. Es hielt fest, im Einzelfall könnten sich im Gehalt der Begründungspflicht Differenzierungen ergeben, was bedeute, dass die geforderte Begründungsdichte variieren könne. Das Bundesgericht gehe davon aus, dass die Begründungsdichte das Ergebnis eines möglichst umfassenden Güterabwägungsvorgangs sein sollte. Es habe in seiner Rechtsprechung verschiedene Kriterien herausgearbeitet, anhand derer die Begründungsdichte bestimmt werden könne. Demzufolge sei sie in erster Linie abhängig vom Gestaltungsspielraum der Behörde und der Eingriffsintensität des Entscheids. Je grösser der Spielraum, welcher der Behörde infolge Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe eingeräumt sei, und je schwerer in die Rechtsstellung und die Interessen des Betroffenen eingegriffen werde, desto höhere Anforderungen seien an die Begründung eines Entscheids zu stellen. Sodann richte sich die Begründungsdichte auch nach allenfalls betroffenen öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen, welche für eine herabgesetzte Begründungsanforderung sprechen könnten, sowie nach der Ausgestaltung des Instanzenzugs. Zu beachten sei auch die Komplexität des Sachverhalts.

Das Departement kam zum Schluss, der Gestaltungsspielraum der einbürgern- den Behörde sei sehr gross, da kein Anspruch auf Einbürgerung bestehe und die Behörde selber den Umfang der Eignungskriterien konkretisiere und dabei Wertungen vornehmen müsse. Darüber hinaus würden beim Einbürgerungsentscheid die Rechtsstellung und die Interessen der ausländischen Person durch die Ablehnung ihres Gesuches in erheblicher Weise berührt. Die an das Schweizer Bürgerrecht geknüpften Rechte und Pflichten fehlten den abgewiesenen Bewerbern weiterhin. Zudem gehe der Anspruch des Stimmbürgers auf eine unbegründete Stimmgabe der Begründungspflicht nicht vor. Die Stimmbürgerschaft könne bei Einbürgerungen daher weder öffentliche Interessen noch berechnete Geheimhaltungsinteressen von Privaten geltend machen. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Rechtsschutz der Einbürgerungswilligen im Rechtsmittelverfahren eingeschränkt sei. Ferner weise der Sachverhalt aufgrund seiner sehr allgemeinen Umschreibung der materiellen Voraussetzungen in den massgebenden Gesetzen eine sehr hohe Komplexität auf. Zudem bestehe ein gewisses gesellschaftliches Interesse und ein



erhöhtes Diskussionsbedürfnis. Die Abwägung all dieser Kriterien ergebe, dass insgesamt mehr Gründe für eine erhöhte Begründungsdichte sprechen würden.

c) Die Vorinstanz hat ausdrücklich hohe Anforderungen an die Begründung gestellt. Das Verwaltungsgericht kann diese Ausführungen in der dargelegten Form nicht teilen. Als Kriterien für die Bestimmung der Anforderungen an eine Begründung eines behördlichen Entscheides werden im allgemeinen die Intensität eines Eingriffs, die Position der entscheidenden Behörde innerhalb des Instanzenzuges, die Komplexität des Falles, die gesellschaftliche Relevanz und die Bedeutung der Entscheidpraxis herangezogen (vgl. L. Kneubühler, Die Begründungspflicht, Diss. Bern 1998, S. 178 ff.). Auch ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht zur Begründung von Verfügungen und Entscheiden in zahlreichen Rechtsgebieten eingeschränkt ist, sei dies im öffentlichen Interesse oder zum Schutz berechtigter Interessen Dritter, ohne dass darin ein Mangel an Rechtsstaatlichkeit erblickt wird (vgl. die Beispiele bei Hangartner, a. a. O., S. 15). Im vorliegenden Fall können hohe Anforderungen an die Begründung nicht mit dem Argument begründet werden, der Bürgerschaft stehe ein sehr weites Ermessen zu, das sie nach Sinn und Zweck der Einbürgerungsgesetzgebung ausüben müsse. Da diese Gesetzgebung bei der Einbürgerung, abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen, eben gerade keine Normen und Richtlinien für die Erteilung des Bürgerrechts enthält, kann die Bürgerschaft nicht auf eine Entscheidung nach Sinn und Zweck des Gesetzes verpflichtet werden (vgl. Hangartner, a. a. O., S. 14 f.). Die Bürgerschaft handelt in diesem Bereich anstelle des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber aber muss seine Entscheidungen nicht begründen (Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969, S. 45). Der weite Ermessensspielraum ist somit kein zwingender Grund, um hohe Anforderungen an die Begründung eines Bürgerschaftsentscheides zu stellen. Hinzu kommt, dass die Kompetenz der Stimmbürgerschaft zur Erteilung des Bürgerrechts Teil der verfassungsmässigen Ordnung und die Einbürgerung ein Akt freier demokratischer Entscheidung ist (vgl. Hangartner, a. a. O., S. 17; vgl. auch die Hinweise bei Thüerer/Frei, a. a. O., S. 205 f.). Da das kantonrechtlich gewährte Entscheidungsrecht des Stimmvolkes dem Einzelnen zustehende politische Rechte im Sinne von Art. 34 BV begründet, besteht eine Grundrechtskonkurrenz zu den Ansprüchen der Einbürgerungskandidaten (vgl. Hangartner, a. a. O., S. 21). Diese Besonderheiten rechtfertigen es, die Anforderungen an eine Begründung nicht hoch anzusetzen. Im weiteren ist auch zu berücksichtigen, dass nach st.gallischem Verfassungsrecht kein Anspruch auf Einbürgerung besteht (Art. 104 KV). Deshalb besteht bei einem negativen Einbürgerungsentscheid kein Eingriff in die Rechtsstellung des Ausländers. Die Rechtsstellung wird nicht verändert; es wird lediglich ein Recht nicht gewährt, auf das – auch bei Erfüllung aller Mindestvoraussetzungen – eben gerade kein Anspruch besteht. Es lässt sich also unter dem Aspekt des Eingriffs in eine Rechtsposition kein Argument für eine hohe Anforderung an die Begründungspflicht ableiten. Auch geht das Departement fälschlicherweise davon aus, der Rechtsschutz der Einbürgerungswilligen sei ein-

geschränkt. Gegen Entscheide der Bürgerschaft steht nach Art. 243 GG die Kassationsbeschwerde an das Departement und an das Verwaltungsgericht offen. Aufgrund des Rechtsmittelweges besteht somit kein Anlass für überspannte Anforderungen an die Begründungspflicht. Aufgrund der Rechtsmittel kann dem Grundsatz Rechnung getragen werden, dass an die Begründung von Verwaltungsentscheiden weniger hohe Anforderungen gestellt werden als an jene von gerichtlichen Urteilen (BGE 119 IV 8). Schliesslich kann auch nicht davon gesprochen werden, einem Einbürgerungsentscheid liege im allgemeinen ein komplexer Sachverhalt zugrunde. Bei Einbürgerungsgesuchen ermittelt in der Regel der Einbürgerungsrat den Sachverhalt (Art. 9bis Abs. 2 lit. b der Verordnung über das Einbürgerungsverfahren). Solange dieser nicht geklärt ist, wird der Bürgerschaft gar kein Antrag gestellt. Somit kann auch keine Komplexität des Sachverhalts angeführt werden, um hohe Anforderungen an die Begründungsdichte zu rechtfertigen. Die von der Vorinstanz aufgestellten Anforderungen an die Begründungspflicht sind derart hoch, dass sie direktdemokratische Entscheide der Bürgerschaft über Einbürgerungsbegehren praktisch ausschliessen. Dies steht aber mit der Verfassung und der gesetzlichen Ordnung des Kantons St.Gallen im Widerspruch. Die Rechtsordnung lässt es zu, dass Entscheide der Bürgerschaft in einer den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV genügenden Art begründet werden können. Das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung, die umfassende Sachverhaltsabklärung durch den Einbürgerungsrat, der umfassende Rechtsschutz mit einer verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz und der Weiterzugsmöglichkeit an das Verwaltungsgericht rechtfertigen es nicht, gegenüber anderen Entscheidungen höhere Anforderungen an die Begründung zu stellen. Im Gegenteil; das Spannungsverhältnis zwischen dem Einbürgerungsentscheid als Verwaltungsakt und als direktdemokratischer Willensäusserung lässt an die Begründungsdichte geringere Anforderungen stellen als bei Verfügungen im Einzelfall. Nichts anderes ergibt sich auch aus der gesellschaftlichen Relevanz von Einbürgerungsentscheiden. Diesem Aspekt wird im wesentlichen mit der Entscheidung durch die Bürgerschaft Rechnung getragen; ein zwingender Grund für erhöhte Anforderungen an die Begründung einer individuellen Verfügung lässt sich aber daraus nicht ableiten. Auch das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 12. Mai 2004 keine hohen Anforderungen aufgestellt, sondern lediglich festgehalten, in der Regel würden mit der Nennung der ablehnenden Gründe an einer Gemeindeversammlung und deren Mittragung von der Mehrheit der Abstimmenden ablehnende Beschlüsse hinreichend begründet werden können (BGE 130 I 154). Eine feste Praxis, wie der Begründungspflicht nachzukommen ist, hat das Bundesgericht ausdrücklich verneint (BGE 131 I 20 E. 3.1).

d) Die Vorinstanz qualifizierte die Begründung «mangelnde Beteiligung am Städtlileben» als ungenügend und hielt fest, der Vorwurf der mangelnden Beteiligung am Städtlileben stelle lediglich eine Konkretisierung des Vorwurfs der mangelnden Integration dar.

Nach Art. 14 des Bürgerrechtsgesetzes des Bundes (SR 141.0, abgekürzt BÜG des Bundes) ist vor der Erteilung der Einbürgerungsbewilligung zu prüfen, ob der Bewerber zur Einbürgerung geeignet ist, insbesondere ob er in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert ist (lit. a), mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut ist (lit. b), die schweizerische Rechtsordnung beachtet (lit. c) und die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz nicht gefährdet (lit. d).

Ob die Bürgerschaft mit dem Argument der mangelnden Beteiligung am «Städtileben» eine ungenügende Eingliederung in die schweizerischen Verhältnisse im Sinn von Art. 14 lit. a BÜG des Bundes bzw. eine mangelnde Vertrautheit mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen im Sinn von Art. 14 lit. b BÜG des Bundes zum Ausdruck bringen wollte oder ob sie als zusätzliches Erfordernis der Einbürgerung eine besonders intensive lokale Verwurzelung der Bewerber verlangte, kann offen bleiben. So oder anders fehlen diejenigen Tatsachen, aufgrund derer auf eine mangelnde Beteiligung am Städtileben geschlossen wurde. Das Argument der Beschwerdeführerin, die an der Bürgerversammlung geltend gemachten Gründe gäben den Betroffenen genügend Aufschluss über den Grund des negativen Einbürgerungsentscheids, geht fehl. Eine Verfügung hat insbesondere auch die Tatsachen zu enthalten, auf die sie sich stützt (Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP). Es hätten also die konkreten Tatsachen genannt werden müssen, was eine genügende Beteiligung am Städtileben voraussetzen würde und weshalb diese Umstände bei den einzelnen Bewerbern nicht gegeben sind. Eine Beteiligung am Städtileben bzw. eine besondere lokale Eingliederung kann z. B. dadurch zum Ausdruck kommen, dass sich jemand am lokalen gesellschaftlichen Leben beteiligt oder anderweitig mit den gesellschaftlichen Verhältnissen besonders vertraut ist. Allein der Hinweis für alle abgelehnten Gesuche auf mangelnde Teilnahme am Städtileben genügt nicht. Es fehlen in der protokollierten Begründung der ablehnenden Bürgerschaftsbeschlüsse die Tatsachen, auf welche sich die Begründung stützt. Aus den Ausführungen in der Beschwerde geht hervor, dass den Stimmberechtigten solche Tatsachen durchaus bekannt waren. Diese betreffen nicht nur die mangelnde Beteiligung am öffentlichen Leben, sondern bei einzelnen Gesuchstellern auch Ordnungswidrigkeiten und Verstösse gegen allgemeine Grundsätze des Zusammenlebens.

e) Wird den Gesuchstellern ein Anspruch auf individuelle Begründung des Entscheides zuerkannt, so sind den Stimmberechtigten die massgebenden Tatsachen bekannt zu geben, welche für den Antrag auf Einbürgerung relevant sind. Nach Art. 14 BÜG des Bundes ist wie erwähnt vor der Erteilung der Bewilligung zu prüfen, ob der Bewerber zur Einbürgerung geeignet ist bzw. die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

Nach Art. 49a BÜG des Bundes kann das Bundesamt zur Erfüllung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz Personendaten bearbeiten, einschliesslich der Persönlichkeitsprofile und der besonders schützenswerten Daten über die religiösen Ansichten,

die politischen Tätigkeiten, die Gesundheit, über Massnahmen der sozialen Hilfe und über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Dazu betreibt es ein elektronisches Informationssystem. Auch Art. 12quinquies der Verordnung über das Einbürgerungsverfahren sieht vor, dass der Einbürgerungsrat und das Departement sowie die von diesen beauftragten Stellen für die Erfüllung ihrer Aufgaben besonders geschützte Personendaten bearbeiten können, insbesondere über Religion und weltanschauliche Ansichten, politische Tätigkeiten, Erfüllung von gewissen finanziellen Verpflichtungen sowie Straf- und Administrativverfahren.

Nach der Praxis des Bundesgerichts kann auch unter dem Blickwinkel des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV) die Verfassungsmässigkeit von Gemeindeversammlungsbeschlüssen nicht von vornherein in Frage gestellt werden. Es wird in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung der Natur und des Umfangs der persönlichen Daten sowie der Art und Weise ihrer Bekanntgabe an der Gemeindeversammlung, geprüft werden müssen, ob das Persönlichkeitsrecht der Gesuchsteller gewahrt wurde (BGE 130 I 154 f.). Da der Bundesgesetzgeber ausdrücklich Tatsachen betr. religiöse Ansichten, politische Tätigkeiten, Gesundheit, Massnahmen der sozialen Hilfe und administrative oder strafrechtliche Verfahren und Sanktionen als relevant für eine Einbürgerung betrachtet, so muss der Gesuchsteller davon ausgehen, dass solche Tatsachen unter gewissen Umständen nicht nur dem Einbürgerungsrat, sondern auch der Gemeindeversammlung als der entscheidenden Behörde bekannt gemacht werden. Stellt er unter diesen Voraussetzungen ein Einbürgerungsgesuch, so erklärt er sich mit einer entsprechenden Einschränkung des Schutzes seiner Privatsphäre einverstanden.

f) Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz die Begründung der ablehnenden Entscheide mangels Bekanntgabe der relevanten Tatsachen im Ergebnis zu Recht als mangelhaft qualifiziert hat.

6. Die Vorinstanz hat in Anlehnung an den Entscheid des Bundesgerichts im Fall Emmen (BGE 129 I 217 ff.) die Erfolgsquote der Einbürgerungsgesuchsteller nach Massgabe deren Religion geprüft. Sie kam zum Schluss, sämtliche moslemischen Bewerber seien abgelehnt worden, während die beiden eingebürgerten Personen der Römisch-katholischen Kirche angehörten. Beim Vergleich der Erfolgsquoten stelle sich der Unterschied derart signifikant dar, dass der Verdacht einer unzulässigen indirekten Diskriminierung infolge religiöser Überzeugung naheliege.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist als Diskriminierung eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen zu bezeichnen. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtswidrig behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behan-

delt wurde. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht. Insofern beschlägt die Diskriminierung Aspekte der Menschenwürde. Das Diskriminierungsverbot macht aber die Anknüpfung an ein in Art. 8 Abs. 1 BV genanntes Kriterium nicht absolut unzulässig; sich daraus ergebende Ungleichbehandlungen sind indessen qualifiziert zu rechtfertigen (vgl. statt vieler BGE 126 II 392 ff. mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur).

b) Das Departement hat die Ablehnung von zwölf Einbürgerungsgesuchen als diskriminierend gewertet, obwohl es gleichzeitig das Fehlen einer hinreichenden Begründung beanstandet hat. Es hat sich dabei wohl von der Begründung des Bundesgerichts im Fall Emmen leiten lassen (BGE 129 I 227 ff. E. 2.3). Das Bundesgericht hatte aber in diesem Fall die Zulässigkeit von Einbürgerungsentscheidungen an Urnenabstimmungen zu beurteilen. Im vorliegenden Fall geht es hingegen um den Entscheid einer Bürgerversammlung, der zwar ungenügend, aber immerhin mit einer Begründung versehen ist. Zudem bezog das Bundesgericht auch Vorfälle aus der Abstimmungskampagne im Vorfeld des Urnenganges in seine Überlegungen ein (E. 2.3.2).

c) Im vorliegenden Fall standen 14 Einbürgerungsgesuche zur Entscheidung. Davon wurden zwei gutgeheissen und zwölf abgelehnt. Allein diese geringe Zahl lässt einen Vergleich der Quoten von Anerkennungen und Ablehnungen fragwürdig erscheinen. Die beiden gutgeheissenen Gesuche betrafen römisch-katholische Gesuchsteller, von den abgelehnten zwölf stammten elf von Muslimen und eines von einem christlich-orthodoxen Gesuchsteller. Die Vorinstanz hat nun die Erfolgsquote der Katholiken mit jener der Nicht-Katholiken und jener der Muslime verglichen und ist logischerweise bei beiden Vergleichen auf ein Verhältnis von Hundert zu Null gelangt. Angesichts der geringen Zahl der Gesuche und der Zahl von lediglich zwei gutgeheissenen Gesuchen erscheint der von der Vorinstanz angestellte Vergleich aber nicht statthaft. Zumindest spricht die Tatsache, dass eine der eingebürgerten Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien stammt und ein Gesuchsteller christlichen Glaubens abgelehnt wurde, gegen die von der Vorinstanz angeführte Diskriminierung aus religiösen Gründen und gegen eine Diskriminierung aus Gründen einer gewissen Staatsangehörigkeit. Auch hält die Beschwerdeführerin fest, dass eine der eingebürgerten Personen im Gegensatz zu den andern aktiv am Gemeindeleben teilgenommen hat und die andere mit einer Schweizerin verheiratet ist, was bei den anderen Bewerbern nicht der Fall sei. Hinzu kommt, dass Personen aus Ländern des christlichen Kulturkreises eine Integration in die hiesigen Verhältnisse oft besser gelingt als solchen aus moslemisch geprägten Gesellschaften. Entsprechend vorsichtig ist ein Vergleich von Einbürgerungsquoten christlicher und moslemischer Bewerber zu handhaben.

Die Bürgerschaft hat bei der Entscheidung im Bereich des Einbürgerungsermessens einen grossen Spielraum. Es steht der Behörde insbesondere auch frei, eine grosszügige oder eine zurückhaltende Praxis zu entwickeln (vgl. Hangartner, a. a. O., S. 12). Dies verbietet es, allzu schnell eine Diskriminierung anzunehmen. Es ist nicht zulässig, mittels ausufernder Anwendung des Diskriminierungstatbestands einen Rechtsanspruch auf Einbürgerung zu schaffen. Ein solcher Entscheid stünde ausschliesslich dem Verfassungsgeber zu.

Die Gemeinde Rheineck bringt in ihrer Beschwerde verschiedene Einwände gegen den Tatbestand der Diskriminierung vor und macht Tatsachen geltend, welche im Einzelfall die Ablehnung gewisser Gesuche aufgrund zulässiger Kriterien rechtfertigen könnten. Sie unterlässt allerdings nähere Angaben, auf welche Gesuchsteller sich diese beziehen, und sie hat auch keine konkreten Beweismittel der von ihr geltend gemachten Tatsachen eingereicht oder bezeichnet. Ausserdem rechtfertigt es sich nicht, im Kassationsbeschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht abschliessend konkrete, in der Person der Gesuchsteller liegende Umstände erstmals zu würdigen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz zu Recht eine ungenügende Begründung der ablehnenden Einbürgerungsbeschlüsse festgestellt hat. Dagegen ist ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot nicht ausgewiesen.

7. Die Vorinstanz hat die Gesuchsteller, deren Gesuche abgelehnt wurden, am Kassationsbeschwerdeverfahren nicht beteiligt und ihnen den Beschwerdeentscheid nur im Dispositiv, nicht aber mit einer Begründung zugestellt.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird im Einbürgerungsverfahren über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden. Das Einbürgerungsverfahren wird auf Gesuch des Bewerbers eingeleitet. Im Verfahren wird insbesondere abgeklärt, ob die Voraussetzungen für eine Einbürgerung gegeben sind. Diese erfolgt im Rahmen einer einzelfallbezogenen Prüfung. Das Verfahren endet mit der Erteilung des Bürgerrechts oder der Abweisung des Gesuchs, d. h. der individuell konkreten Anordnung, die alle Merkmale einer Verfügung erfüllt. Die Gesuchsteller haben im Einbürgerungsverfahren Parteistellung. Sie haben Anspruch auf einen Entscheid, und als Partei eines Verwaltungsverfahrens haben sie Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und auf eine Begründung, wenn ihr Gesuch abgewiesen wird (BGE 129 I 238 mit Hinweisen).

Nach dieser Rechtsprechung wären die abgelehnten Einbürgerungsgesuchsteller somit legitimiert gewesen, die Beschlüsse der Bürgerschaft anzufechten. Dies haben sie allerdings nicht getan.

b) Das BÜG des Kantons St. Gallen und die Verordnung über das Einbürgerungsverfahren enthalten keine Bestimmungen über die Eröffnung und Anfechtung eines ablehnenden Bürgerschaftsbeschlusses. Art. 8ter Abs. 3 der Verordnung über das Einbürgerungsverfahren betrifft gemäss Randtitel lediglich die besondere Einbürgerung gewisser Personenkategorien, welche hier nicht zur Diskussion steht.

c) Im Verwaltungsjustizverfahren haben nach Art. 53 Abs. 1 VRP die Vorinstanz und die Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme, wenn das Rechtsmittel nicht

offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Obwohl diese Bestimmung grundsätzlich für das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen gilt und Art. 243 und 244 GG nach der Systematik des Gesetzes nicht unter diese fallen, kommt der Anspruch auf Beteiligung aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im Kassationsbeschwerdeverfahren zum Tragen. Ist der Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung des Bürgerrechts als Verwaltungsakt bzw. als Verfügung zu betrachten, so ist der Gesuchsteller in einem Rechtsmittelverfahren, das die Rechtmässigkeit des Entscheids über die Bürgerrechtserteilung oder -verweigerung zum Gegenstand hat, als Betroffener zu qualifizieren. Die Stimmberechtigten sind im Kassationsbeschwerdeverfahren ausschliesslich aufgrund ihrer Organstellung bzw. als Mitglied der Bürgerschaft und ungeachtet einer besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Beeinträchtigung zur Teilnahme am Verfahren legitimiert. Demgegenüber sind die abgelehnten Gesuchsteller unmittelbar in ihren persönlichen Interessen betroffen. Daher hätten sie an dem von einer einzelnen Stimmbürgerin anhängig gemachten Kassationsbeschwerdeverfahren beteiligt werden müssen. Indem die Gesuchsteller nicht am Verfahren beteiligt wurden, sind sie zu Objekten eines Verfahrens zwischen einer Stimmbürgerin und der politischen Gemeinde degradiert worden. Das rechtliche Gehör dient nicht nur der Sachaufklärung, sondern stellt auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor dem Entscheid zu äussern (vgl. statt vieler BGE 127 I 56). Trotz des Fehlens eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung stand den Gesuchstellern aufgrund des Diskriminierungsverbots ein rechtlich geschütztes Interesse zu, das eine Legitimation zum Verfahren begründet (BGE 129 I 220 E. 1.1). Diesen Anspruch hat das Departement den Einbürgerungsgesuchstellern verweigert. Es liesse sich einwenden, dass die in der Kassationsbeschwerde erhobenen Anträge bezweckt hätten, die Rechtsstellung der Einbürgerungskandidaten zu verbessern. Dies rechtfertigte aber nicht, die Gesuchsteller vom Verfahren auszuschliessen. Der Anspruch auf Beteiligung am Verfahren ist nicht davon abhängig, welcher Art die in einem Rechtsmittel erhobenen Begehren sind. Die Beschwerdeführerin stellte im Verfahren vor der Vorinstanz das Begehren, die Kassationsbeschwerde sei abzuweisen, und von diesem Begehren waren die Gesuchsteller in ihren Interessen unmittelbar betroffen. Die Gesuchsteller hätten ausserdem eigene Anträge stellen und eigene Einwendungen gegen die Rechtmässigkeit der angefochtenen Beschlüsse erheben können.

Die Einbürgerungsgesuchsteller hatten ausserdem die Möglichkeit, den negativen Entscheid der Bürgerschaft zu akzeptieren. Es liessen sich durchaus gute Gründe anführen, auf eine Anfechtung zu verzichten. Die Gesuchsteller konnten in Erwägung ziehen, dass eine Anfechtung die Chancen eines späteren Gesuches möglicherweise mindern könnte (vgl. Auer/von Arx, Direkte Demokratie ohne Grenzen? in: AJP 2000, S. 933). Den Gesuchstellern hätte somit nicht nur Gelegenheit gegeben werden müssen, sich am Verfahren zu beteiligen. Es hätte auch abgeklärt werden müssen, ob sie die Entscheidung der Stimmbürger akzeptierten.

Falls sie dies getan hätten, hätte sich ein Konflikt mit dem Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Überprüfung der Rechtmässigkeit der Entscheide ergeben.

d) Die Beschwerdegegnerin ist als Stimmberechtigte im Verfahren betr. Rechtswidrigkeit eines Gemeindeversammlungsbeschlusses wie vorne erwähnt nicht in eigenen persönlichen Interessen betroffen. Das Gesetz verleiht ihr allein aufgrund ihrer Stimmberechtigung einen Anspruch auf Überprüfung von Entscheiden der Bürgerversammlung. Wird ein solcher Entscheid kassiert, sind grundsätzlich auch die anderen Stimmenden betroffen. Diese gelten indessen nicht als Verfahrensbeeteiligte (vgl. Hiller, a. a. O., S. 370). Auch liegt keine die Gesuchsteller begünstigende Verfügung vor, weshalb die Grundsätze über die Beteiligung Drittbegünstigter am Anfechtungsverfahren nicht zum Tragen kommen. Vielmehr verhält es sich so, dass eine ablehnende Verfügung sowohl vom direkt und persönlich Betroffenen als auch von einem nur virtuell Betroffenen angefochten werden kann, wobei die Interessenlage nicht deckungsgleich ist. Da die Gesuchsteller weit intensiver und unmittelbar in ihren persönlichen Interessen berührt sind, während die Beschwerdegegnerin ausschliesslich aufgrund ihrer Stellung als Stimmberechtigte und ungeachtet einer persönlichen Betroffenheit zur Anfechtung befugt ist, hätte das Interesse der einzelnen Stimmbürgerin an der Anfechtung zurückzutreten, falls die Gesuchsteller ihrerseits an ihrem Begehren um Einbürgerung nicht festhalten und den ablehnenden Entscheid ausdrücklich akzeptieren. Da diese Anhörung im Rechtsmittelverfahren stattfinden muss und nicht vor der Bürgerversammlung stattfinden kann, ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die fehlende Beteiligung am Verfahren kann auch nicht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nachgeholt werden. Eine zu Unrecht unterbliebene Beteiligung an einem Rechtsmittelverfahren ist kein Verfahrensfehler, der in einem Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann.

Die Vorinstanz hat die abgelehnten Gesuchsteller zur Teilnahme am Verfahren einzuladen und explizit zur Stellungnahme aufzufordern, ob sie an den Einbürgerungsgesuchen festhalten oder die ablehnenden Entscheide ausdrücklich akzeptieren. Bei denjenigen, die an ihren Gesuchen festhalten, ist die Angelegenheit an die politische Gemeinde Rheineck zurückzuweisen, damit der Einbürgerungsrat die Vorlagen, falls die entsprechenden Voraussetzungen dannzumal erfüllt sind, erneut der Bürgerversammlung unterbreiten kann. Dabei sind auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwendungen gegen die Einbürgerung einzelner Gesuchsteller zu prüfen. Ebenso ist zu verfahren, wenn sich die Gesuchsteller nicht am Verfahren beteiligen. In diesem Fall hat der Einbürgerungsrat ebenfalls zu prüfen, ob dannzumal die Voraussetzungen für eine Unterbreitung der Gesuche an die Bürgerversammlung erfüllt sind. Ein allfälliger negativer Entscheid der Bürgerversammlung ist den Gesuchstellern schriftlich mit einer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen, wobei die oben in Erw. 5 c) umschriebenen Anforderungen zu beachten sind. Akzeptieren hingegen die Gesuchsteller die



ablehnenden Entscheide ausdrücklich, so ist die Kassationsbeschwerde der Beschwerdegegnerin gegen den ablehnenden Entscheid abzuweisen.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Departement zu Recht entschieden hat, dass die ablehnenden Einbürgerungsbeschlüsse mangelhaft begründet sind. Dagegen ist eine Diskriminierung aufgrund der ungenügenden Abklärung des Sachverhaltes und der unzureichenden Begründung der Entscheide nicht ausgewiesen. Ausserdem hat das Departement die Gesuchsteller zu Unrecht nicht am Kassationsbeschwerdeverfahren beteiligt.

Die Beschwerde erweist sich daher als begründet, soweit die Vorinstanz im Dispositiv ihres Entscheides die Aufhebung der Bürgerschaftsbeschlüsse nicht nur mit ungenügender Begründung, sondern auch mit Diskriminierung begründete, und soweit die Gesuchsteller nicht am Verfahren beteiligt wurden. In diesen beiden Punkten ist die Beschwerde gutzuheissen. Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids des Departements des Innern vom 23. August 2005 ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist in sachgemässer Anwendung von Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP im Sinne der Erwägungen zur Beteiligung der Einbürgerungsgesuchsteller am Verfahren und zur neuen Entscheidung an das Departement zurückzuweisen. Im übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## 2

*Art. 26 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 5 Abs. 2 RPG (SR 700); Art. 20 GSchG (SR 814.20); Anhang 4 GSchV (SR 814.201); Anhang 4.5 StoV (SR 814.013).* Bei Beschränkungen der landwirtschaftlichen Bodenbewirtschaftung in der Grundwasserschutzzone S2 handelt es sich um polizeilich motivierte Eingriffe in das Grundeigentum, welche grundsätzlich keine materielle Enteignung darstellen. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eigentumsbeschränkungen ist nur dann gegeben, wenn das Flüssigdüngerverbot zu einem Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung führt.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung II/2, 10. Mai 2005*

Im September 1989 erliessen die Gemeinderäte X und Y das Schutzzonenreglement betreffend Grundwasserschutzzonen für die Grundwasser- und Quellfassungen Z und W, das besondere Bestimmungen über die Düngung in der engeren Schutzzone (Zone S2) enthält. A. ist Eigentümer des Grundstücks Nr. 1 mit einer Fläche von 12,94 ha. Zudem bewirtschaftet er als Pächter einen Teil des Grund-

stücks Nr. 2. Das Grundstück Nr. 1 liegt mit einer Fläche von 5,87 ha in der Schutzzone S2, das Grundstück Nr. 2 mit einer Fläche von 4,94 ha, wobei auf das Pachtland 3,38 ha entfallen.

Am 1. Januar 1999 trat die Gewässerschutzverordnung des Bundesrates vom 28. Oktober 1998 in Kraft. Für die Verwendung von Düngern gelten ab diesem Zeitpunkt die Vorschriften der ebenfalls geänderten Stoffverordnung des Bundesrates vom 9. Juni 1986, wonach flüssige Hofdünger in der Zone S2 grundsätzlich nicht verwendet werden dürfen. A. stellt sich auf Standpunkt, dieses grundsätzliche Flüssigdüngerungsverbot führe zu einem Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung, weshalb eine materielle Enteignung vorliege. Die Schätzungskommission für Enteignungen des Kantons St.Gallen hat ein Entschädigungsbegehren abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Eine materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 RPG liegt vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (Sonderopfer). In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer künftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (BGE 125 II 433, E. 3a mit Hinweisen; P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl. Bern 2002, S. 597 mit weiteren Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes entfällt beim Vorliegen eines enteignungsähnlichen Eingriffes eine Entschädigungspflicht dann, wenn der streitige Eingriff als Polizeimassnahme im engeren Sinne zu betrachten ist. Polizeiliche Eigentumsbeschränkungen sind ohne Rücksicht auf ihre Schwere grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, wenn mit der gegen den Störer gerichteten Massnahme eine als Folge der beabsichtigten Grundstücksbenützung zu erwartende konkrete, d. h. ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll und wenn die zuständige Behörde zu diesem Zweck ein von Gesetzes wegen bestehendes Verbot konkretisiert und in Bezug auf die in Frage stehende Grundstücksnutzung bloss die stets zu beachtenden polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit festsetzt. Entschädigungslos zu dulden sind nur die im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes notwendigen polizeilichen Beschränkungen, nicht dagegen Anordnungen, die weiter gehen als zur Abwendung der ernsthaften und unmittelbaren Gefahr erforderlich (Hänni, a. a. O., S. 331 ff. mit weiteren Hinweisen).

Vorbehalten bleiben drei mögliche Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur im engeren Sinne. Erstens Fälle nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch bedingter Einschränkungen. Im Weiteren das Verbot einer bereits bestehenden Nutzung. Schliesslich der Fall, in welchem die Schaffung einer Schutzzone eine Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes bewirkt oder einer solchen Auszonung gleichkommt (Hänni, a. a. O., S. 335 mit weiteren Hinweisen; BGE 106 Ib 336 ff. und 330 ff. mit weiteren Hinweisen, vgl. auch BGE 105 Ia 330 ff. und 96 I 350 ff.).

b) Grundlage der gültigen Düngevorschriften für die in der Zone S2 liegende Fläche des Grundstücks des Rekurrenten bildet die Zuordnung zu einer Grundwasserschutzzone gemäss Art. 20 GSchG. Die Ausscheidung von Grundwasserschutzzonen fällt in die Zuständigkeit der Politischen Gemeinde (Art. 29 Abs. 1 GSchVG). Der vom Rekurrenten geltend gemachte Entschädigungsanspruch aus materieller Enteignung richtet sich jedoch nicht gegen die Politische Gemeinde, sondern gegen die Rekursgegnerin als Inhaberin der Grundwasserfassungen (Art. 20 Abs. 2 lit. c GSchG und Art. 33 Abs. 1 lit. a GSchVG; BGE 106 Ib 331, E. 3 zum alten Gewässerschutzgesetz). Die Rekursgegnerin ist eine örtliche Korporation gemäss Art. 26 GG, der die Versorgung mit Trink- und Brauchwasser sowie die Bereitstellung von Löschwasser im Korporationsgebiet obliegt und die Wasserversorgungs- und Hydrantenanlagen unterhält und betreut (Art. 2, 5 und 6 der Korporationsordnung vom 24. Januar 1983).

c) Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine materielle Enteignung vorliegt, ist das Datum des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung (BGE 119 Ib 233, E. 3a). Die speziellen Düngevorschriften in der Zone S2 stützen sich auf die teilweise Zuordnung des Grundstücks des Rekurrenten zur Grundwasserschutzzone gemäss dem Schutzzonenreglement der Politischen Gemeinden X und Y. Dieses wurde am 6./28. September 1989 von den beiden zuständigen Gemeinderäten erlassen und vom Baudepartement am 24. Januar 1991 genehmigt. Gemäss Art. 35 trat das Reglement spätestens innert einem Jahr nach Genehmigung durch das Baudepartement in Kraft. Aus den Akten ergibt sich der genaue Vollzugsbeginn nicht. Aufgrund der erwähnten Bestimmung ist jedoch davon auszugehen, dass das Reglement spätestens am 24. Januar 1992 in Kraft trat.

Entschädigungsforderungen verjähren 10 Jahre nach Eintritt der Rechtskraft der Eigentumsbeschränkung (Art. 54 EntG; Hänni, a. a. O., S. 625 f. und Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, Berne 2000, N 782 mit weiteren Hinweisen). Der Rekurrent hat sein Entschädigungsbegehren am 10. September 2002 bei der Vorinstanz gestellt. Entschädigungsansprüche sind somit verjährt, soweit sie sich auf Eigentumsbeschränkungen beziehen, welche mit dem Schutzzonenreglement von 1989 in Kraft getreten sind.

Der Rekurrent bezieht seine Entschädigungsforderung jedoch auf das Inkrafttreten der Gewässerschutzverordnung des Bundesrates am 1. Januar 1999. Er macht geltend, die bestehenden Vorschriften des Schutzzonenplanes betreffend Düngung

in der Zone S2 seien durch diesen bundesrechtlichen Erlass in einer Art verschärft worden, welche einem Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung gleichkomme.

Die zuständigen Gemeinderäte X und Y haben bis heute darauf verzichtet, das Schutzzonenreglement dem geänderten Bundesrecht anzupassen. Nach dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 und 42 BV gehen die Bestimmungen der gestützt auf das Gewässerschutzgesetz und das Umweltschutzgesetz des Bundes erlassenen Bundesratsverordnung entgegenstehendem kantonalem Recht sowie darauf gestütztem Gemeinderecht vor (A. Ruch, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, im Folgenden: St.Galler Kommentar, Rz. 21 zu Art. 49 BV und R. Kägi-Diener, St.Galler Kommentar, Rz. 6 zu Art. 50 BV sowie Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. 2005, Rz. 1174, 1191 und 976). Auch ohne formelle Anpassung des Schutzzonenreglements sind daher die Bestimmungen der Bundesratsverordnung seit dem 1. Januar 1999 anwendbar. Soweit sich die Eigentumsbeschränkungen darauf stützen und gegenüber dem bisherigen Rechtszustand neu sind, kann die Verjährungsbestimmung von Art. 54 EntG einem allfälligen Entschädigungsanspruch des Rekurrenten gegenüber der Rekursgegnerin nicht entgegengehalten werden.

Massgebend für die Beurteilung sind demnach die Verhältnisse am 1. Januar 1999, als die bundesrechtlichen Vorschriften betreffend generellem Flüssigdüngerverbot in der Zone S2 in Kraft traten.

d) Die vom Rekurrenten gepachtete Fläche des Grundstücks Nr. 2 von 3,38 ha in der Zone S2 fällt bei der Beurteilung nicht in Betracht. Soweit der Rekurrent nur als Pächter betroffen ist, kann er zwar grundsätzlich auch geltend machen, eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung komme für ihn als obligatorisch Berechtigten einer Enteignung gleich (Hänni, a. a. O., S. 629 und ZBI 101/2000, S. 204, E. 5b). Der vom Rekurrenten zu entrichtende Pachtzins richtet sich jedoch nach dem Ertragswert des Grundstücks (Art. 11 LPG). Der Pächter kann jederzeit eine Anpassung des Pachtzinses verlangen, womit er keinen Schaden erleidet. Diesbezüglich hat der Verpächter als Eigentümer allfällige Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Die Betrachtung beschränkt sich demnach auf die Fläche von 5,87 ha des im Eigentum des Rekurrenten stehenden Grundstücks Nr. 1, welche in der Zone S2 liegt.

4. a) Das Schutzzonenreglement vom 6./28. September 1989 regelt unter dem Titel «Bestimmungen für die Zone S2» die Düngung wie folgt:

Art. 17 Das Ausbringen von nicht hygienisiertem Klärschlamm, Kehrlichroh- und Frischkompost ist unzulässig.

Gülle, Mist, hygienisierter Klärschlamm, Kehrlichreifekompost und Handelsdünger dürfen nur während der Vegetationszeit ausgebracht werden.

Die Düngung ist unzulässig, wenn:

- a) der Boden wassergesättigt, schneebedeckt oder gefroren ist;
- b) das Gebiet im Schutzzonenplan besonders bezeichnet ist.

Brachliegende Äcker dürfen nicht gedüngt werden, wenn sie nicht unmittelbar nachher mit Kulturen besetzt werden.

Unter dem Titel «Besondere Bestimmungen» findet sich folgende Anordnung betreffend Düngung:

Art.21 Im engeren Fassungsbereich (Zone S2) ist die Verwendung von Giftstoffen irgendwelcher Art verboten und Dünger ist mit besonderer Vorsicht zu verwenden.

Die seit dem 1. Januar 1999 gültige Gewässerschutzverordnung (GSchV) enthält im Anhang 4 «Planerischer Schutz der Gewässer» unter Ziffer 22 «Grundwasserschutzzonen» und 222 «Engere Schutzzone (Zone S2)» in Abs.2 folgende Bestimmung:

Für die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln nach Anhang 4.3 StoV, Holzschutzmitteln sowie Düngern gelten die Anhänge 4.3, 4.4 und 4.5 der StoV.

Die Stoffverordnung (StoV), welche durch die Gewässerschutzverordnung abgeändert wurde (AS 1998 S.2863), enthält im Anhang 4.5 «Dünger» unter Ziffer 33 «Verbote» in Absatz 2 folgende Vorschrift:

Flüssige Hofdünger dürfen in der Zone S2 von Grundwasserschutzzonen nicht verwendet werden. Wenn auf Grund der Bodenbeschaffenheit gewährleistet ist, dass keine pathogenen Keime in die Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gelangen, kann die kantonale Behörde gestatten, dass pro Vegetationsperiode bis dreimal in angemessenen Abständen je höchstens 20 m<sup>3</sup> pro ha ausgebracht werden.

b) Der Rekurrent macht geltend, die seit dem 1. Januar 1999 gültige Änderung der Düngenvorschriften in der Zone S2 schränke die bisherige landwirtschaftliche Nutzung seines Grundstückes in einem Ausmass ein, das einer enteignungsähnlichen Eigentumsbeschränkung gleichkomme.

Gemäss Art. 17 und 21 Schutzzoneglement war das Ausbringen von Gülle während der Vegetationszeit grundsätzlich erlaubt, sofern der Dünger mit besonderer Vorsicht verwendet wurde. Ein grundsätzliches Verbot galt nur dann, wenn der Boden wassergesättigt, schneebedeckt oder gefroren war, das Gebiet im Schutzzoneplan besonders bezeichnet wurde oder brachliegende Äcker nicht unmittelbar nachher mit Kulturen besetzt wurden. Demgegenüber ist gemäss Anhang 4 GSchV und Anhang 4.5 StoV die Verwendung von flüssigem Hofdünger grundsätzlich unzulässig, sofern nicht gewährleistet ist, dass keine pathogenen Keime in die Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gelangen.

Das Ausbringen von flüssigem Hofdünger war daher vor dem 1. Januar 1999 – wenn auch mit Einschränkungen – grundsätzlich zulässig, während diese Art der Düngung seit diesem Zeitpunkt – wenn auch mit Ausnahmen – grundsätzlich verboten ist. Der Vertreter der Rekursgegnerin weist zu Recht darauf hin, dass das Ausbringen von Flüssigdünger bereits gemäss Art.17 und 21 Schutzzoneglement unzulässig war, wenn es zu einer Gewässerverschmutzung führte. Andererseits ist richtig, dass das Ausbringen von Flüssigdünger auch nach dem 1. Januar

1999 im Rahmen einer Ausnahmebewilligung gemäss Anhang 4.5 StoV zulässig ist, sofern eine Gewässerverschmutzung ausgeschlossen ist. Aufgrund der Ausführungen des AFU und der Tatsachen, dass gemäss unbestrittenen Aussagen am Augenschein die Grundwasserfassung Z nur etwa fünf Meter und die Quelfassung W nur etwa dreieinhalb Meter tief liegen sowie, dass die Wasserqualität mehrfach beanstandet wurde, bevor das Verbot des Ausbringens von flüssigem Hofdünger seit Sommer 2001 beachtet wurde, ist davon auszugehen, dass beim Grundstück des Rekurrenten die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung nicht erfüllt sind.

Seit dem 1. Januar 1999 besteht gewissermassen eine «Umkehr der Beweislast», indem dem Rekurrenten vor diesem Zeitpunkt das Ausbringen von Flüssigdünger nur verboten werden konnte, wenn ihm eine Gewässerverschmutzung nachgewiesen wurde, was bis heute nicht der Fall ist, während seit diesem Zeitpunkt das Ausbringen von Flüssigdünger nur im Rahmen einer Ausnahmebewilligung erlaubt ist, wobei der Rekurrent zu beweisen hat, dass eine Gewässerverschmutzung ausgeschlossen ist. Der Rekurrent macht daher zu Recht geltend, auf diesen Zeitpunkt sei eine Veränderung eingetreten, welche für die landwirtschaftliche Nutzung seines Grundstückes wesentlich ist. Fraglich ist jedoch, ob diese Veränderung für den Rekurrenten zu einer materiellen Enteignung führt.

c) Bei Beschränkungen der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung von Grundstücken mittels Gewässerschutzzonen handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes um polizeiliche Schranken der Grundeigentumsordnung (BGE 106 Ib 335 E. 5), mithin um Massnahmen, mit denen eine konkrete, ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll. In der Streitsache geht es um die Gefahr der Verschmutzung der von der Rekursgegnerin seit langem betriebenen Grundwasser- und Quelfassungen W und Z. Dass es sich vorliegend nicht um eine abstrakte, sondern um eine konkrete Gefährdung handelt, ergibt sich schon daraus, dass es vor der Einhaltung des Verbotes des Ausbringens von Flüssigdünger seit dem Sommer 2001 zu Trinkwasserverschmutzungen gekommen ist (mit der Qualifikation als bloss abstrakte Gefährdung lediglich: AGVE 1981, S. 111, allerdings ohne Begründung und 1993, S. 497, jedoch mit anderem Sachverhalt, d. h. stets einwandfreiem Grundwasser).

Der Eingriff ist verhältnismässig, da das Gülleverbot einerseits geeignet ist, das Grund- und Quellwasser vor den in der Vergangenheit aufgetretenen Verschmutzungen zu schützen und andererseits Ausnahmen vorgesehen sind, sofern nachgewiesen wird, dass aufgrund besonderer Umstände keine konkrete Gefahr besteht. Damit handelt es sich um eine polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung, welche grundsätzlich entschädigungslos zu dulden ist, sofern nicht eine der drei möglichen Ausnahmen vorliegt (vgl. AGVE 1993, S. 494 f. mit weiteren Hinweisen). Die beiden Ausnahmen eines auch raumplanerisch motivierten Bauverbotes bzw. einer

Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes fallen nicht in Betracht. Fraglich ist daher nur, ob ein Verbot einer bereits bestehenden Nutzung vorliegt.

5. a) Allgemein ist nur dann von einer materiellen Enteignung auszugehen, wenn eine bestehende oder voraussehbare, in naher Zukunft sehr wahrscheinliche Nutzung untersagt, verunmöglicht oder in besonders gewichtiger Weise beschränkt wird (besonders schwerer Eingriff, vgl. Hänni, a.a.O., S. 599 ff.) oder wenn der Eingriff an sich nicht besonders schwer wiegt, ein einziger oder einzelne Grundeigentümer jedoch so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (Sonderopfer, vgl. Hänni, a.a.O., S. 608 ff.).

Das Bundesgericht hat es abgelehnt, von einer bestimmten anteilmässigen Wertverminderung an eine materielle Enteignung automatisch zu bejahen. Zudem macht es auch keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Baulandgrundstücken einerseits und landwirtschaftlich genutzten Grundstücken andererseits. Die gegenteilige Auffassung, welche sich für eine differenzierte Behandlung von Baugebiet und Landwirtschaftsgebiet hinsichtlich der für eine materielle Enteignung notwendigen Intensitätsschwelle ausspricht und bei einer Werteinbusse von über 20 Prozent schematisch von einer materiellen Enteignung ausgeht (vgl. AGVE 1993, S. 500 f. und H. Maurer, Beschränkung und Lenkung der landwirtschaftlichen Bodennutzung und Entschädigungsfragen, URP 2002, S. 627) blieb vereinzelt. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis stellt ein Jaucheverbot für ein in eine Grundwasserschutzzone einbezogenes Grundstück keinen schweren Eingriff in das Eigentum dar (BGE vom 12. Januar 1988 in Sachen FFS, E. 3 und E. Riva, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990, S. 161).

In der Streitsache geht es lediglich um die Frage, ob eine Ausnahme vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eigentumsbeschränkungen im Sinne des Verbotes einer bereits bestehenden Nutzung gegeben ist. Das grundsätzliche Flüssigdüngeverbot gilt seit dem 1. Januar 1999 und der Rekurrent hält sich seit Sommer 2001 daran. Von einem direkten Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung kann nicht gesprochen werden. Der Rekurrent macht jedoch geltend, aufgrund besonderer Umstände wirke sich das Flüssigdüngeverbot bei seinem Grundstück – anders als in den in der Rechtsprechung geschilderten Fällen – wie eine materielle Enteignung aus. Das ist nach den oben geschilderten Grundsätzen der ausnahmsweisen Entschädigung von polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen nur dann möglich, wenn das Flüssigdüngeverbot im Falle des Rekurrenten einem Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung seines Grundstückes gleichkommt.

b) ...

c) Die Frage, ob ein Verbot der bisherigen Nutzung vorliegt, richtet sich danach, wie der bisher und künftig mögliche Gebrauch zu definieren ist. Bei dieser Betrachtung darf einzig eine nachhaltige, also eine langfristig unter Erzielung gleichbleiben-

der Erträge und Schonung der natürlichen Ressourcen mögliche Nutzung des Bodens zugrunde gelegt werden. Eine allenfalls für wenige Jahre mögliche Übernutzung mit Höchstertträgen muss ebenso ausser Acht gelassen werden, wie die Tatsache, dass der Landwirt den Boden in der Vergangenheit extensiv bewirtschaftet hat. Dies folgt daraus, dass die Eigentumsgarantie im Kontext der Verfassungsnormen zur Umwelt und Raumplanung und namentlich zur Landwirtschaft auszulegen ist. Diese Normen erheben das Prinzip der Nachhaltigkeit (Art. 73 BV) zur Leitlinie. Eigentümern oder Bewirtschaftern von Landwirtschaftsland kommt deshalb kein Recht zu, den Boden nicht nachhaltig zu nutzen. Daraus ergibt sich, dass die Einschränkung einer nicht nachhaltigen Nutzung keinen Entschädigungsanspruch auslösen kann. Liegt der bisherige Gebrauch also über dem Intensitätsmass einer nachhaltigen Nutzung, so darf dies nicht Ausgangspunkt für die Ermittlung einer Werteinbusse sein. Die Beschränkung einer Intensivnutzung auf ein nachhaltiges Niveau kann auch als Eigentumsbeschränkung rein polizeilicher Natur verfügt werden, welche nicht entschädigungspflichtig ist, weil dabei lediglich die polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit umgesetzt werden (Maurer, a. a. O., S. 627 f. mit weiteren Hinweisen). Im Falle des Rekurrenten ist zusätzlich zu beachten, dass er bereits vor dem Inkrafttreten des Nachhaltigkeitsgebotes mit der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 sein Grundstück nur unter den einschränkenden Bedingungen gemäss Art. 17 und 21 des Schutzzonenreglementes mit Gülle düngen durfte.

Aus den Allgemeinen Betriebsinformationen des Landwirtschaftsamtes ergibt sich, dass die Hofdüngelastung gemäss Tierbestand auf dem Betrieb des Rekurrenten in den Jahren 2000 bis 2004 ungefähr gleich war und das höchstzulässige Ausmass deutlich unterschritt. Lediglich im Jahr 2000 wurde die Hofdüngelastung gemäss Nährstoffbilanz geringfügig überschritten. Den landwirtschaftlichen Betriebsstrukturhebungen der Jahre 1997 bis 1999 ist die Hofdüngelastung nicht direkt zu entnehmen. Wie auch die Rekursgegnerin einräumt ist jedoch von einem gleichbleibenden Tierbestand (30 Kühe, maximal 26 Mastkälber) auszugehen.

Unter diesen Umständen kann dem Rekurrenten nicht vorgehalten werden, er habe seinen Betrieb vor der Einhaltung des Flüssigdüngerverbotes dauernd in einer Art und Weise bewirtschaftet, die über dem Intensitätsmass einer nachhaltigen Nutzung liegt. Der Tierbestand lag immer deutlich unter der zulässigen Hofdüngelastung, während die Nährstoffbilanz nur im Jahr 2000 das zulässige Ausmass überschritt. Bei der Beurteilung der Folgen des Verbotes ist daher von der bisherigen Nutzung durch den Rekurrenten auszugehen wie sie behördlicherseits geduldet wurde. Der Rekurrent brachte vor 1999 vier Mal 20 m<sup>3</sup> Flüssigdünger pro ha aus, während er diese Menge zwischen 1999 und 2001 auf drei Mal 20 m<sup>3</sup> pro ha reduzierte. Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass von den Behörden vor dem generellen Flüssigdüngerverbot eine Menge von drei Mal 20 m<sup>3</sup> pro ha geduldet wurde. Dies ergibt sich auch aus der ausdrücklichen Bestätigung des AFU vom



27. April 1999 gegenüber dem Rekurrenten, welche erst am 17. August 2004 widerrufen wurde.

Daran ändert nichts, dass es bis zur Einhaltung des Verbotes durch den Rekurrenten im Sommer 2001 immer wieder zu Beanstandungen der Trinkwasserqualität kam. Es ist nicht nachgewiesen, dass der Rekurrent Verursacher dieser Verunreinigungen war, zumal er am 15. Juni 2004 vom Vorwurf der Gewässerverschmutzung freigesprochen wurde. Auch wenn es angesichts der von ihm bewirtschafteten Fläche in der Zone S2 wahrscheinlich ist, dass der Rekurrent zu dieser Verunreinigung beigetragen hat, bestand vor dem 1. Januar 1999 kein grundsätzliches Flüssigdüngeverbot. Deshalb kann entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin auch nicht gesagt werden, die bundesrechtlich verschärfte Düngevorschriften brächten lediglich das zum Ausdruck, was bereits vorher aufgrund des Schutzzonenreglementes gegolten habe. Vielmehr wurde bis zur Durchsetzung des Flüssigdüngeverbotes eine Düngung des landwirtschaftlich genutzten Landes in der Zone S2 durch den Rekurrenten im Ausmass von 60 m<sup>3</sup> Gülle pro ha geduldet, solange er die Vorschriften von Art. 17 und 21 des Schutzzonenreglementes einhielt.

d) Wie die Rekursgegnerin zu Recht ausführt, ist das Pachtland des Rekurrenten bei der Beurteilung nicht zu berücksichtigen (vgl. E. 3d). Von der vom Rekurrenten bewirtschafteten Fläche von gut 16 ha liegen 9,25 ha in der Zone S2. 3,38 ha entfallen jedoch auf das Pachtland (36,5 Prozent), während 5,87 ha zum Eigenland gehören (63,5 Prozent). Das bedeutet, dass von den geltend gemachten Zusatzkosten als Folge des Flüssigdüngeverbotes, welche sich offensichtlich auf die gesamte bewirtschaftete Fläche beziehen, lediglich rund zwei Drittel auf das Eigenland entfallen.

Beim Eigenland beträgt der Anteil des Bodens in der Zone S2 45 Prozent (5,87 von 12,94 ha). Auf der Fläche von 5,87 ha in der Zone S2 ist es dem Rekurrenten aufgrund des Flüssigdüngeverbotes untersagt, die bisher zulässige Menge von rund 350 m<sup>3</sup> Gülle jährlich auf seinem Eigenland auszubringen (60 m<sup>3</sup> pro ha).

e) Der Rekurrent macht Zusatzkosten als Folge des Flüssigdüngeverbotes von rund Fr. 15 000.– jährlich (2002–2004) geltend, welche in dieser Höhe von der Rekursgegnerin bestritten werden. Stellt man dennoch auf die Angaben des Rekurrenten ab, so ergeben sich für das Eigenland Zusatzkosten von rund Fr. 10 000.– jährlich (zwei Drittel).

Bei einem Betriebsaufwand zwischen Fr. 203 000.– (2002) und Fr. 232 900.– (2004), wovon wiederum zwei Drittel auf das Eigenland entfallen (Fr. 135 300.– für 2002 und Fr. 155 300.– für 2004), entspricht ein Zusatzaufwand von Fr. 10 000.– 6,4 bis 7,3 Prozent des Gesamtaufwandes. Berücksichtigt man, dass zwischen 1999 und 2004 der Betriebsertrag von Fr. 193 400.– auf Fr. 283 400.– und der Betriebsaufwand von Fr. 118 700.– auf Fr. 232 900.– stieg, während der Bruttoertrag von Fr. 74 700.– auf Fr. 50 500.– fiel, so ergibt sich, dass diese Bewegungen nicht mit dem geltend gemachten Mehraufwand begründet werden können. Insbesondere die erhebliche Aufwandsteigerung von Fr. 123 700.– (2000) auf Fr. 191 800.– (2001)

kann nicht mit dem geltend gemachten Zusatzaufwand von Fr. 2681.40 im Jahr 2001 erklärt werden. Die Rekursgegnerin weist auch zu Recht darauf hin, dass die negative Vermögensveränderung zwischen 1999 und 2004 nicht mit den geltend gemachten Zusatzkosten erklärt werden kann.

Auch die nachträglich eingereichten Einkommens- und Vermögensrechnungen 1994 bis 1998 bestätigen diesen Eindruck. Bereits in diesem Zeitraum, als die geltend gemachten Zusatzkosten als Folge des Flüssigdüngerverbotes noch nicht anfielen, schwankt das Einkommen aus Landwirtschaft zwischen Fr. 95 123.89 (1994) und Fr. 71 158.– (1998). Die erheblich schwankenden Aufwand- und Ertragszahlen sind also im Wesentlichen nicht auf die vom Rekurrenten geltend gemachten Zusatzkosten als Folge des Flüssigdüngerverbotes, sondern auf andere Faktoren zurückzuführen.

Nach Meinung der im Gericht vertretenen landwirtschaftlichen Fachrichter ist die eingereichte Buchhaltung nicht genügend aussagekräftig, um die Ursachen der erwähnten Schwankungen im Detail abzuklären. Der Rekurrent versteht es aber offensichtlich, seine Betriebsstruktur den sich ändernden Marktbedürfnissen anzupassen.

Selbst wenn man auf die Angaben des Rekurrenten abstellt, ergibt sich, dass die geltend gemachten Zusatzkosten zwar erheblich sind, jedoch nicht ein Ausmass erreichen, welches es dem Rekurrenten verunmöglichen würde, seinen Betrieb in einem wirtschaftlich sinnvollen Rahmen weiterzuführen. Die geltend gemachten Kosten erreichen demnach nicht ein Ausmass, das in Zukunft eine landwirtschaftliche Nutzung verunmöglicht.

f) Für das Grundstück Nr. 1 des Rekurrenten wurden in der Vergangenheit unter anderem folgende Schätzungswerte festgelegt:

– am 18. Februar 1981	
Ertragswert	Fr. 210 000.–
Verkehrswert des Bodens von 12,94 ha	Fr. 141 900.–
– am 23. April 1991	
Ertragswert	Fr. 315 000.–
Verkehrswert des Bodens von 12,94 ha	Fr. 387 000.–
– am 24. Oktober 2001	
Ertragswert	Fr. 233 900.–
Verkehrswert des Bodens von 12,94 ha	Fr. 135 300.–

Die Schätzung aus dem Jahr 1981 ist nicht zu berücksichtigen, da sie noch vor Erlass des Schutzzonenreglementes erfolgte und auf der mittlerweile überholten Rohertragsmethode beruht.

Bei der Schätzung 1991 wurde bei der Festlegung der Bodenpunkte ein Abzug von 10 Prozent vorgenommen (71–7 = 64 Punkte), während bei der Schätzung 2001 der Abzug 33,8 Prozent (45 anstelle von 68 Punkten) betrug. Wie die Rekurs-

gegnerin zu Recht ausführt bezieht sich der Abzug von 10 Prozent im Jahre 1991 auf die Gesamtfläche von 12,94 ha, während der Abzug im Jahr 2001 nur auf eine Fläche von 5,7 ha in der Zone S2 angewendet wird. Mit Bezug auf die Fläche von 5,7 ha in der Zone S2 beträgt der Abzug im Jahr 1991 22,5 Prozent. Vergleicht man die Höhe des Abzuges vor und nach dem massgebenden Zeitpunkt vom 1. Januar 1999, so ergibt sich eine Differenz von lediglich 11,3 Prozent. Diese erreicht nicht ein Ausmass, welches zu einem eigentlichen Verbot der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung führen würde.

6. a) Das seit dem 1. Januar 1999 gültige grundsätzliche Flüssigdüngerungsverbot hat damit für den landwirtschaftlichen Betrieb des Rekurrenten erhebliche Folgen, indem es ihm nicht mehr erlaubt ist, auf 45 Prozent seines Eigenlandes Flüssigdünger im bisherigen Ausmass auszubringen, zusätzliche Kosten anfallen und eine Werteinbusse des in der Zone S2 liegenden Landes zu verzeichnen ist. Trotz diesen Einschränkungen ist jedoch nach wie vor eine sinnvolle landwirtschaftliche Nutzung möglich. Das Flüssigdüngerungsverbot läuft damit nicht auf ein Verbot der bisherigen Nutzung hinaus.

b) Ein Sonderopfer liegt nicht vor, da der Unterscheid zwischen dem Sonderopfer und dem «normalen» Tatbestand der materiellen Enteignung allein in der geringeren Intensität und in der Singularität des Eingriffs besteht (ZBI 100/1999 S. 591, E. 6; N. Feuerstein, Das Sonderopfer bei Eigentumsbeschränkungen, Diss. St.Gallen 1993, S. 169 ff.). Um eine Ausnahme vom Grundsatz der entschädigungslos hinzunehmenden polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkung zu rechtfertigen, bedarf es eines Verbotes der bisherigen Nutzung. Ein Eingriff von geringerer Intensität im Sinne des Sonderopfers genügt daher nicht, weil dadurch der Ausnahmetatbestand der Entschädigung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umgangen würde.

Zudem fehlt es auch an der Singularität des Eingriffs im Sinne des Sonderopfers. Der Rekurrent wird nicht als einziger Grundeigentümer so betroffen, dass sein Opfer gegenüber der Allgemeinheit als unzumutbar erschiene und mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre. Planerische Gewässerschutzmassnahmen haben eine hohe Ähnlichkeit mit Nutzungsplänen. Da der Rechtsgleichheit im Planungsbereich nur abgeschwächte Bedeutung zukommt, ist dies analog auch für Gewässerschutzmassnahmen anzunehmen (Maurer, a. a. O., S. 626 mit weiteren Hinweisen in Fussnote 19). Der Rekurrent ist nicht der einzige Grundeigentümer, der von den Beschränkungen der landwirtschaftlichen Nutzung in der Grundwasserschutzzone betroffen ist. Zudem treffen die bundesrechtlich geregelten Beschränkungen der landwirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten alle Eigentümer in der Schutzzone S2 in der ganzen Schweiz in genau gleicher Weise. Damit fehlt es an der für die Annahme eines Sonderopfers typischen Verletzung des Gebotes der Rechtsgleichheit (vgl. Feuerstein, a. a. O., S. 168).

Der Umstand, dass der Anteil der in der Zone S2 gelegenen landwirtschaftlichen Nutzfläche beim Rekurrenten höher ist als bei seinen Nachbarn, kann auch nicht

zur Annahme eines Sonderopfers führen. Entgegen der Auffassung des Rekurrenten führen die Beschränkungen durch das Flüssigdüngerverbot in seinem Fall nicht zu einem Verbot der bisherigen Nutzung, womit es an einer Ausnahme von der Entschädigungslosigkeit des Eingriffs fehlt. Die Annahme eines Sonderopfers würde auch ohne Verbot der bisherigen Nutzung zu einer Entschädigung führen, was angesichts der bundesgerichtlichen Praxis unzulässig ist.

c) Schliesslich kann entgegen der Auffassung des Rekurrenten auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Rekursgegnerin durch ihr Entschädigungsangebot den Tatbestand einer materiellen Enteignung konkludent bejaht habe. Entschädigungen im Rahmen der Zuordnung von Grundstücken zu Grundwasserschutz-zonen sind durchaus üblich, beruhen jedoch auf Freiwilligkeit und können die Prüfung der Voraussetzungen einer materiellen Enteignung nicht erübrigen (Maurer, a. a. O., S. 632).

Da die Annahme einer materiellen Enteignung bei polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen im Rahmen des Gewässerschutzes an besonders strenge Voraussetzungen gebunden ist, macht die freiwillige Entschädigung von Nachteilen, welche Landwirte mit Kulturland in der Schutzzone S2 in Kauf nehmen müssen, durchaus Sinn. Gerade im Fall des Rekurrenten, der von der Grundwasserschutzzone in erheblichem Ausmass betroffen ist, ohne dass die Voraussetzungen einer materiellen Enteignung gegeben wären, besteht damit die Möglichkeit, eine freiwillige Entschädigung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles auszurichten. Die Höhe dieser Entschädigung ist jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens, womit nicht näher darauf einzugehen ist.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass die seit dem 1. Januar 1999 verschärften Düngungsvorschriften in der Grundwasserschutzzone S2 eine grundsätzlich entschädigungslos zu dulden polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung darstellen. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit liegt nicht vor, da die bisherige landwirtschaftliche Nutzung nicht direkt verboten, sondern ab dem 1. Januar 1999 lediglich hinsichtlich der Düngungsvorschriften eingeschränkt wird. Diese Einschränkung erreicht auch indirekt nicht das Ausmass eines Verbotes der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Die Vorinstanz hat deshalb das Vorliegen einer materiellen Enteignung zu Recht verneint und keinen Entschädigungsanspruch anerkannt. Der Rekurs ist deshalb abzuweisen.

**3**

*Art. 162 BV (SR 101); Art. 16 und 17 Abs. 1 ParlG (SR 171.10).* Mitglieder der Bundesversammlung geniessen absolute Immunität i. S. v. Art. 162 Abs. 1 BV, wenn sie den Wortlaut einer Motion im Ganzen oder in Bestandteilen in der Presse oder in anderen Medien wiederholen.

*Handelsgerichtspräsident, 30. März 2005*

Zum Sachverhalt: Im Zusammenhang mit der in Ausführung der LRV erlassenen und am 1. September 2002 in Kraft getretenen Richtlinie «Luftreinhaltung auf Baustellen» brachte Nationalrätin Jasmin Hutter am 4. März 2004 eine Motion ein, mit welcher sie einen Aufschub der Russpartikelfilterpflicht auf Baumaschinen verlangte. Sie begründete ihre Motion im Wesentlichen damit, dass in der Praxis die Partikelfilterpflicht technisch und betrieblich nicht möglich sei, Partikelfiltersysteme wirtschaftlich nicht tragbar seien, die Motorenhersteller für den Schweizer Markt keine Anstrengungen unternähmen und zur Zeit auf dem Schweizer Markt keine funktionierenden Filtersysteme erhältlich seien.

Nach den Ausführungen der auf den Einbau von Partikelfiltern spezialisierten Geschuchsteller waren die Aussagen der Motionärin, die ihre Motion in den Medien wiederholt hatte, für sie verheerend. Denn seit der Hängigkeit der Motion hätten ihre Kunden mit dem Kauf von Partikelfiltern zugewartet, was bei ihnen zu einem erheblichen Umsatzeinbruch geführt hätte.

Zwischen den Parteien war streitig, ob Äusserungen von Jasmin Hutter in der Presse und anderen Medien im Zusammenhang mit genannter Motion von der absoluten parlamentarischen Immunität umfasst seien oder ob die Nationalrätin für ihre, nach Auffassung der Geschuchsteller unlauteren Äusserungen einzustehen habe und ob ihr vorsorglich verboten werden könne, die beanstandeten Aussagen weiter zu verbreiten.

Aus den Erwägungen:

III. 1. a) Nach dem Wortlaut von Art. 162 Abs. 1 BV können u. a. die Mitglieder der Bundesversammlung für ihre Äusserungen in den Räten und in deren Organen rechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden. Diese absolute Immunität schliesst damit nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch die Rechtswidrigkeit der parlamentarischen Tätigkeit aus (M. Wallimann-Bornatico, Die parlamentarische Immunität der Mitglieder des National- und Ständerates der eidgenössischen Räte, ZBL 1988, 351 ff.). Eine Anwendung von Lauterkeitsrecht kommt damit vorliegend nur dann in Frage, wenn die von den Geschuchstellern gerügten Äusserungen der Geschuchgegnerin nicht von der absoluten Immunität nach Art. 162 Abs. 1 BV umfasst sind.

b) In tatsächlicher Hinsicht ist vorab festzustellen, dass diejenigen Äusserungen, welche die Geschuchsteller gemäss ihrem Rechtsbegehren der Geschuchgegnerin

rin verbieten wollen, weiter öffentlich zu äussern, allesamt wörtliche Bestandteile ihrer schriftlich eingereichten Motion vom 4. März 2004 sind (. . .).

c) Damit ist vorliegend zuerst die Frage zu prüfen, ob die in der Presse oder in anderen Medien wie Radio, Fernsehen oder Internet wiederholten parlamentarischen Voten bzw. Bestandteile hiervon ebenfalls unter den Schutz der absoluten Immunität i. S.v. Art. 162 Abs. 1 BV fallen. Ziel der parlamentarischen Immunität ist es, die Unabhängigkeit des Parlaments und seiner Mitglieder gegenüber jeglicher Behinderung der parlamentarischen Tätigkeit zu sichern (Wallimann-Bornatico, a. a. O., 351) bzw. um die notwendige Unabhängigkeit «au bon exercice de leurs fonctions» zu gewährleisten (J.-F. Aubert in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, N 2 zu Art. 162 BV). Bezüglich einer Ausdehnung der absoluten Immunität auf Äusserungen von Parlamentsmitgliedern in der Presse bzw. in anderen Medien, gilt es vor dem Hintergrund dieses Zweckgedankens zu berücksichtigen, dass eine solche Ausdehnung eine Ungleichbehandlung gegenüber Nichtprivilegierten schafft, für welche eine hinreichende Rechtfertigung gegeben sein muss. Eine Ausdehnung des Privilegs der Redefreiheit für Parlamentarier auf sämtliche möglichen Äusserungen in der Presse und in anderen Medien fällt dabei zum vornherein ausser Betracht, denn eine solche Auslegung würde nicht nur dem Wortlaut von Art. 162 Abs. 1 BV widersprechen; sie wäre auch sonst nicht zu rechtfertigen, stehen doch auch die Parlamentsmitglieder grundsätzlich für Äusserungen in der Presse und in anderen Medien unter der gleichen zivilrechtlichen Verantwortlichkeit wie Personen, welche keine absolute Immunität i. S.v. Art. 162 Abs. 1 BV geniessen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass eine direkte Demokratie nur über die Meinungsbildung in der breiten Öffentlichkeit funktionieren kann. Für diese Meinungsbildung bedarf es der Information, welche heute in erster Linie über die Presse und andere Medien an die breite Öffentlichkeit gelangt. Das berechnete Informationsinteresse weiterer Bevölkerungskreise erstreckt sich in diesem Zusammenhang v.a. auf aktuelle politische Themen und damit auch auf den Inhalt parlamentarischer Vorstösse, welche auf den Gesetzgebungsprozess Einfluss nehmen wollen. In diesem über den Kreis der Parlamentarier hinausgehenden Informations-, Diskussions- und Meinungsbildungsprozess muss es dem einzelnen Parlamentarier möglich sein, seine im Parlament vorgebrachten sachbezogenen Voten auch ausserhalb des Parlaments in der Öffentlichkeit zu vertreten. Das Bundesgericht hat denn auch bereits 1927 entschieden, dass ein Parlamentsmitglied sein Wortprivileg auch dann nicht verliert, wenn es aufgefördert wird, sein Votum ausserhalb des Parlaments zu wiederholen, ansonsten das Institut des Redeprivilegs ausgehöhlt würde (BGE 53 I 76). 1970 entschieden die eidgenössischen Räte im Fall Hubacher, dass Wiedergaben von Voten der Ratsmitglieder in der Presse ebenfalls unter die absolute Immunität fallen (Amtl. Bull. [NR] 1970, 410 ff.; Amtl. Bull. [StR] 1970, 158 ff.; M. von Wyss in: Ehren-

zeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Zürich und Lachen 2002, N 7 zu Art.162 BV). Diesen Entschieden ist zu folgen.

d) Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt ergibt sich deshalb, dass die Gesuchsgegnerin auch absolute Immunität i. S.v. Art. 162 Abs. 1 BV genießt, insofern sie lediglich den Wortlaut ihrer Motion vom 4. März 2004 im Ganzen oder in Bestandteilen in der Presse oder in anderen Medien wiederholt. Da sämtliche von den Gesuchstellern beanstandeten Äusserungen wörtlicher Bestandteil der Motion der Gesuchsgegnerin sind, ist deren Wahrheitsgehalt bzw. deren lauterkeitsrechtliche Relevanz einer richterlichen Prüfung entzogen. Auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen kann deshalb nicht eingetreten werden.

e) Im Übrigen gelangte auch die Mehrheit der Rechtskommission des Nationalrates zu keinem anderen Ergebnis. Auch sie ging davon aus, dass die Nationalrätin Hutter in der Presse zugeschriebenen Äusserungen von der absoluten Immunität umfasst seien, weil diese Äusserungen nicht von der Begründung der Motion getrennt werden könnten (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Februar 2005).

## 2. Öffentliches Dienstrecht

---

### 4

*Art. 82 und 83 StVG (sGS 140.1).* Ist kein triftiger Grund für die Auflösung des öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnisses nachgewiesen, ist nicht über die Zulässigkeit der Neuansetzung einer Probezeit zu befinden. Wenn eine Vereinbarung über die Aufhebung des Angestelltenverhältnisses die Nachteile einer verkürzten Kündigungsfrist für die entlassene Mitarbeiterin nicht kompensiert, ist die Kündigung widerrechtlich.

*Verwaltungsgericht, 13. September 2005*

K. war seit 2002 hauswirtschaftliche Angestellte des kantonalen Spitals A. 2004 wechselte sie in das Spital W. In der Anstellungsbestätigung wurde unter anderem festgehalten, dass die ersten drei Monate als Probezeit gelten. Am 15. September 2004 unterzeichnete K. eine schriftliche Erklärung, wonach das Angestelltenverhältnis während der Probezeit im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst werde. In der Folge klagte K. gegen die Spitalregion auf Zahlung von Lohn während der Kündigungsfrist sowie Entschädigung. Die Beklagte erhob den Einwand, die Ver-

längerung der Probezeit sei zulässig gewesen. Das Verwaltungsgericht hat die Klage gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 82 StVG kann das Angestelltenverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Vorbehalten bleibt die Kündigung aus wichtigem Grund (Abs. 1). Während der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist vierzehn Tage (Abs. 2). Art. 83 StVG bestimmt sodann, dass betreffend den Kündigungsschutz die Bestimmungen des OR sachgemäss angewendet werden, soweit durch Verordnung keine weitergehenden Kündigungsschutzbestimmungen vorgesehen sind.

b) Die Kündigung während der Probezeit ist insofern erleichtert, als die Bestimmungen über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit keine Anwendung finden. Um eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen zu verhindern, verbietet Art. 335b Abs. 2 OR die Vereinbarung bzw. nachträgliche Verlängerung der Probezeit auf mehr als drei Monate. Das Einverständnis des Arbeitnehmers mit einer mehr als drei Monate betragenden Probezeit hindert ihn nicht, diese später anzufechten (BGE 109 II 449).

c) Aus der Fussnote zu Art. 83 StVG geht hervor, dass sich der Verweis auf Art. 336 ff. OR bezieht, also auf die unter dem Titel «Kündigungsschutz» zusammengefassten Bestimmungen von Art. 336–336d OR. Sachgemäss anwendbar in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen sind damit in jedem Fall die Vorschriften über den Schutz vor missbräuchlicher Kündigung sowie, unter dem Vorbehalt, dass sich das Angestelltenverhältnis nicht mehr in einer Probezeit befindet, die Vorschriften über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit. Nicht unmittelbar anwendbar auf öffentlich-rechtliche Angestelltenverhältnisse sind jedoch mangels Verweises die Vorschriften, welche die Probezeit betreffen (insbesondere Art. 335b OR).

d) Weder das OR noch das kantonale Personalrecht enthalten Bestimmungen über die Neuansetzung einer Probezeit während des Arbeitsverhältnisses. Im Privatrecht werden sowohl die Verlängerung der Probezeit über das gesetzliche Maximum von drei Monaten als auch die Neuansetzung einer Probezeit als unzulässig erachtet (vgl. M. Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 2 und 3 zu Art. 335b OR).

Für das öffentliche Dienstverhältnis hat das Verwaltungsgericht die Verlängerung der Probezeit im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit als zulässig erachtet (GVP 2005 Nr. 59, bestätigt vom Bundesgericht mit Urteil 2P.121/2005 vom 19. Juli 2005). Es erwog, die Verlängerung der Probezeit könne auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, dies insbesondere dann, wenn seine bisherigen Arbeitsleistungen objektiv den Anforderungen nicht genügten. Art. 86 Abs. 1 StVG sehe vor, dass durch Vertrag eine von den allgemeinen Regeln abweichende Regel getroffen werden könne, wenn die Umstände es rechtfertigten. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips könne bei Dienstverhältnissen anstelle der Entlassung



als mildere Massnahme die Verlängerung der Probezeit zweckmässig sein und auch im Interesse des Angestellten liegen.

e) Im vorliegenden Fall ist nicht eine Verlängerung der Probezeit streitig, sondern eine neue Festlegung der Probezeit anlässlich des Wechsels der Klägerin auf den 1. Juli 2004 an das Spital W. Darin lag kein Wechsel des Arbeitgebers, sondern lediglich ein Wechsel in einen andern Betrieb ein und derselben Anstalt.

Die Beklagte beruft sich für die Zulässigkeit der Neufestsetzung einer Probezeit auf die oben erwähnte Praxis des Verwaltungsgerichts. Ob eine Neufestlegung einer Probezeit aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zulässig ist, kann im vorliegenden Fall indessen offen bleiben. Das Verwaltungsgericht hat die Zulässigkeit der Verlängerung im erwähnten Urteil damit begründet, dass beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine Kündigung, welche im besagten Fall gegeben waren, als mildere Massnahme auch eine Verlängerung der Probezeit angeordnet werden könne. Zu prüfen ist daher zunächst, ob im Streitfall die Voraussetzungen für eine Kündigung überhaupt gegeben waren.

...

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass triftige Gründe für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht nachgewiesen sind. ... Somit braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob eine Neuansetzung der Probezeit zulässig war.

g) Fehlt es an einem triftigen Grund für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so ist eine Kündigung auf eine Frist von 14 Tagen rechtswidrig, und die Beklagte kann sich überdies auch nicht auf die Aufhebungsvereinbarung stützen.

Das Verwaltungsgericht hat die Voraussetzungen für den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung in einem unlängst ergangenen Urteil umschrieben (vgl. VerwGE K 2004/3 vom 14. September 2004 i. S. C. S.). Als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung gilt das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage (M. Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 276 f.). Weiter wird verlangt, dass der Arbeitnehmer durch den Aufhebungsvertrag insgesamt nicht schlechter gestellt werden darf als bei der Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsregeln. Diese für das private Arbeitsrecht geltende Mindestgarantie hat auch für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zu gelten (VerwGE vom 26. August 2003 i. S. P. W. mit Hinweis auf Michel, a. a. O., S. 276). Sodann wird für die Zulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung verlangt, dass die Abweichungen von den sonst geltenden Auflösungsregeln sachlich gerechtfertigt sind (Michel, a. a. O., S. 277).

Mit Art. 86 Abs. 1 StVG besteht zwar eine gesetzliche Grundlage für einen Aufhebungsvertrag. Allerdings ergeben sich aus der Aufhebungsvereinbarung entgegen den Ausführungen der Beklagten keine Vorteile für die Klägerin. Selbst wenn eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei der späteren Stellensuche weniger Nachteile mit sich bringen würde als eine einseitige Kündigung durch den Arbeitgeber, so vermöchte dies im Streitfall eine gegenüber der gesetzlichen Frist von drei Monaten auf zwei Wochen verkürzte Kündigungsfrist

nicht aufzuwiegen. Aufgrund der Unterzeichnung der einvernehmlichen Auflösung des Angestelltenverhältnisses hatte die Klägerin zudem Probleme mit der Arbeitslosenversicherung, da diese eine einvernehmliche Aufhebung gleich behandelte wie eine Kündigung durch die Arbeitnehmerin. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, die Klägerin sei durch die Aufhebungsvereinbarung insgesamt nicht schlechter gestellt worden als bei Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsregeln. Im übrigen ist eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung von den sonst geltenden Kündigungsschutzbestimmungen nicht ersichtlich.

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Auflösung des Angestelltenverhältnisses per Ende September 2004 rechtswidrig ist.

h) Ist die Beendigung des Angestelltenverhältnisses per Ende September 2004 widerrechtlich und hätte die Beklagte der Klägerin gemäss Art. 82 Abs. 1 StVG erst per Ende Dezember 2004 kündigen können, so kann die Klägerin den Lohn für die Zeit von Oktober bis Dezember 2004 sowie gestützt auf Art. 83 StVG in Verbindung mit Art. 336a OR eine Entschädigung beanspruchen (VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.). Diese Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, sie darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn für sechs Monate entspricht (Art. 336a Abs. 2 OR). . . .

bb) Nach Lehre und Rechtsprechung sind für eine Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertraglichen Beziehungen sowie die Art und Weise der Kündigung des vertraglichen Verhältnisses zu berücksichtigen. Ein besonders rücksichtsloses Vorgehen bei der Kündigung kann sich erhöhend auswirken; eine Mitverantwortung der gekündigten Partei kann reduzierend berücksichtigt werden, nicht aber eine besonders kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses (BGE 123 III 255 f.). Die Entschädigung soll den Arbeitgeber in erster Linie für das dem Arbeitnehmer durch die missbräuchliche Kündigung zugefügte Unrecht bestrafen. Trotz der missverständlichen Bezeichnung ist die Entschädigung nicht Schadenersatz und setzt daher auch keinen Schadensnachweis voraus (BGE 119 II 160).

Die Beklagte hat ohne Nachweis hinreichender Gründe einen Kündigungsgrund angenommen und eine neue Probezeit festgesetzt. Es fragt sich, ob die Anstellung im Spital W. nicht fälschlicherweise als Begründung eines neuen Angestelltenverhältnisses aufgefasst wurde, was unzulässig war, nachdem die Spitäler A. und W. zur selben Spitalregion gehören. Die ungerechtfertigte Auflösung hatte einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeit der Klägerin zur Folge. Gesamthaft ist eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen angemessen. Für die Bemessung der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend, wobei keine Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen sind (vgl. Rehbindler, a. a. O., N 2 f. zu Art. 336a OR).

**5**

*Art. 83 und 90 ff. StVG (sGS 140.1); Art. 68 VStD (sGS 143.20); Art. 335d und 335f OR (SR 220).* Die Zuständigkeit des Departements für die Kündigung öffentlich-rechtlich Angestellter kann nicht an die Ämter delegiert werden. Ein einzelnes Asylzentrum gilt als Betrieb im Sinne der sachgemäss anwendbaren Bestimmungen des OR über die Massenentlassung. Diese Bestimmungen gelangen nicht zur Anwendung, da die Asylzentren Rütihof und Soldanella weniger als 20 Mitarbeitende beschäftigten. Selbst wenn sie sachgemäss zur Anwendung kämen, wären sie mit der gemeinsamen Anhörung und Konsultation an besonderen Veranstaltungen sowie der individuellen Anhörung der Mitarbeitenden im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs eingehalten worden. Im übrigen waren die Kündigungen sachlich begründet.

*Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2005*

Bis zum Jahr 2004 bestanden im Kanton St.Gallen neun Aufnahmezentren für Asylsuchende. Aufgrund der rückläufigen Zahl von Asylgesuchen und des intensivierten Vollzugs negativer Asylentscheide ging die Auslastung zurück. Auf den 31. Oktober 2004 wurden die Asylzentren Fleuben in Altstätten und Felsengarten in St.Gallen geschlossen. Auf Ende Februar 2005 wurde ausserdem die Schliessung der Zentren Soldanella in Amden mit zehn Festangestellten und Rütihof in Rütihof mit neun Festangestellten angeordnet. Am 22. November 2004 eröffnete das Amt für Soziales den Mitarbeitenden der beiden Zentren die Kündigung des Dienstverhältnisses per Ende Februar 2005. Dagegen erhoben 16 Betroffene Rekurs. Sie machten geltend, die Kündigungen seien aufzuheben, weil sie vom Amt für Soziales anstatt vom Departement des Innern und damit von der unzuständigen Behörde ausgesprochen worden seien. Zudem seien die sachgemäss anwendbaren Vorschriften des OR über Massenentlassungen nicht eingehalten worden, und die Kündigungen seien ohne sachlichen Grund erfolgt. Die Regierung entschied, die Kündigungen würden dem Departement des Innern zugerechnet, und wies die Rekurse ab. Gegen den Entscheid der Regierung erhoben fünfzehn Angestellte Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerden abgewiesen, wobei es den Beginn der Kündigungsfrist auf den Zeitpunkt des Regierungsentscheidendes festsetzte.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Wahlbehörden und die Delegation der Wahlbefugnisse sind in Art. 90 ff. StVG geregelt. Nach Art. 90 Abs. 1 StVG wählt die Regierung die Generalsekretäre sowie die Leiter von Ämtern und Anstalten (daneben auch die Inhaber weiterer Funktionen, welche aber vorliegend nicht von Belang sind). Soweit keine andere

Behörde zuständig ist, liegt die Wahlbefugnis bei den Departementen und der Staatskanzlei (Art. 91 StVG). Nach Art. 93 StVG kann die Regierung dienstrechtliche Befugnisse durch Verordnung den Departementen und der Staatskanzlei übertragen.

Art. 5 in Verbindung mit Anhang 1 VStD nennt die von der Regierung als Beamte zu wählenden Funktionäre. In Anhang 2 der VStD ist festgelegt, welche von den Departementen, der Staatskanzlei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten gewählten Personen als Beamte gelten.

Art. 68 VStD bestimmt, dass das Departement die Wahlkompetenzen an die Ämter und Anstalten delegieren kann.

Art. 27 StVG hält fest, dass die Regierung durch Verordnung Beamte und Angestellte ermächtigen kann, in besonders bezeichneten Angelegenheiten im Namen des Departements oder für eine andere Dienststelle zu handeln.

b) Nach der oben aufgeführten gesetzlichen Ordnung ist das Departement für die Wahl und damit auch für die Auflösung der Angestelltenverhältnisse zuständig (Art. 91 StVG). Wie die Regierung zutreffend festhält, ist die in Art. 68 VStD geregelte Subdelegation der Wahlbefugnis vom Departement auf die Ämter vom Gesetz im formellen Sinn (StVG) nicht gedeckt. Die Regierung wurde vom Gesetzgeber nicht ermächtigt, ohne Grundlage im Gesetz im formellen Sinn auf Stufe Verordnung (VStD) Wahlkompetenzen der Departemente an die Ämter und Abteilungen weiter zu delegieren. Dies würde dem Grundsatz widersprechen, dass der Gesetzgeber die grundlegenden dienstrechtlichen Vorschriften auf Gesetzesstufe ansiedeln wollte (vgl. Botschaft der Regierung zum StVG, in: ABI 1993 S. 790). Die Regierung hielt im angefochtenen Entscheid denn im Ergebnis auch zutreffend fest, dass das Amt für Soziales seine Zuständigkeit für die Kündigungen nicht auf Art. 93 StVG stützen konnte. Kündigungen sind also durch die Vorsteherinnen und Vorsteher der Departemente auszusprechen (wenn nicht die Regierung oder die Staatskanzlei zuständig ist) und können nicht den Amtsleitern übertragen werden.

...

Im übrigen betreffen Art. 92 und 93 StVG nicht die Wahlbefugnis. Diese ist in Art. 90 und 91 StVG geregelt. Art. 92 und 93 StVG kommen bei anderen dienstrechtlichen Verfügungen zum Tragen, wie sich auch aus den Randtiteln klar ergibt. Es wäre sinnlos, wenn der Gesetzgeber selbst in Art. 90 und 91 StVG die Wahl durch Regierung, Departemente und Staatskanzlei explizit regeln wollte und anschliessend in Art. 93 StVG der Regierung die Befugnis gibt, ihre Wahlbefugnisse durch Verordnung an die Departemente und die Staatskanzlei zu delegieren.

Die Regierung hielt fest, die Kündigungen seien vom Amt für Soziales gestützt auf Art. 27 StVG in Vertretung des Departements des Innern ausgesprochen worden. Mit dieser Bestimmung lässt sich allerdings eine Befugnis des Amtes für Soziales für die Kündigungen nicht begründen. Die Leiterin des Amtes für Soziales ist von der Regierung in der einschlägigen Verordnung (Ermächtigungsverordnung, sGS 141.41) nicht ermächtigt worden, in Personalangelegenheiten im Namen des

Departements zu handeln. Eine Ermächtigung im Einzelfall wäre im übrigen gar nicht zulässig, da eine solche gegen die gesetzliche Kompetenzordnung verstossen würde.

c) Die streitigen Kündigungsverfügungen wurden von der Leiterin des Amtes für Soziales unterzeichnet. Der Kündigungsentscheid als solcher wurde aber von der Departementsvorsteherin getroffen. Diese hat, aus welchen Gründen auch immer, die Eröffnung der Kündigungsverfügungen an die einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Leiterin des Amtes für Soziales übertragen. In der Medienmitteilung der Regierung vom 1. Juni 2005 ist festgehalten, das Departement des Innern habe sich gezwungen gesehen, 19 Mitarbeitenden per Ende Februar 2005 zu kündigen. In den persönlichen Stellungnahmen vom 26. November 2004 auf die Eingaben einzelner Mitarbeiter hielt die Departementsvorsteherin selber fest, Zentrenschliessungen und Entlassungen seien für alle Beteiligten im Amt für Soziales und auch für sie als Departementsvorsteherin eine unangenehme und äusserst unpopuläre Aufgabe, die auch ihr schwer falle und als letzte Massnahme in Betracht gezogen werden müsse. Sodann ist in der Internetpublikation der Staatsverwaltung vom 4. November 2004 festgehalten, das Departement des Innern habe sich gezwungen gesehen, die Unterbringungskapazitäten (für Asylsuchende) erneut zu reduzieren. Die Departementsvorsteherin nahm denn auch an der Veranstaltung vom 30. Juni 2004 im Hotel Ekkehard in St. Gallen teil, an der das Amt für Soziales die Mitarbeiter der Asylzentren über die neuere Entwicklung orientierte.

Die Departementsvorsteherin hielt zwar in einer Stellungnahme gegenüber dem Rekursachbearbeiter der Regierung fest, sie habe am 1. Juli 1998 Leitlinien für Personalauswahl und -führung sowie dienstrechtliche Kompetenzdelegation erlassen, wonach u. a. die Amtsleiter das Personal ihrer Ämter wählen. Die Delegation der Wahlkompetenz schliesse die Befugnis zum Erlass weiterer dienstlicher Verfügungen ein, unter anderem auch Kündigungen. Daraus ergebe sich, dass die vom Amt für Soziales ausgesprochenen Kündigungen im Rahmen der delegierten Kompetenzen verfügt worden seien; es handle sich mithin um Verfügungen des Amtes und nicht um solche, die von der Amtsleiterin im Namen des Departements erlassen worden seien.

Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, die Departementsvorsteherin gehe aufgrund ihrer Erklärung vom 24. Februar 2005 von einer Eigenkündigung des untergeordneten Amtes aus, also einer Entscheidung, die aufgrund eigener Willensbildung des Amtes getroffen worden sei. Aus den Verlautbarungen der Departementsvorsteherin gehe nicht einmal hervor, ob sie den Kündigungsentscheid billige oder nicht. Es sei rein spekulativ, wenn die Regierung ein solches Einverständnis des Departements annehme und daraus auf eine Genehmigung schliesse.

Wie erwähnt, genügt Art. 68 VStD als Kompetenznorm für die Delegation der Wahlbefugnis an die Ämter und Anstalten nicht. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann kein Zweifel bestehen, dass die Departementsvorsteherin

unmittelbar in den Entscheid über die Schliessung der Asylzentren und damit auch über die Kündigungen der dort tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einbezogen wurde und dieser Entscheid von ihr zu verantworten ist. In ihrer persönlichen Stellungnahme gegenüber den einzelnen Mitarbeitern hielt sie fest, Zentrenschliessungen und Entlassungen seien auch für sie als Departementsvorsteherin eine unangenehme und äusserst unpopuläre Massnahme. Dies zeigt, dass der Entscheid über die Zentrenschliessung und die Kündigungen von ihr getroffen wurde. Dass sich die Departementsvorsteherin als befangen erklärte, im Rekursverfahren gegen die Kündigungen mitzuwirken, zeigt ebenfalls, dass sie die Entscheide getroffen hat. Hätte es sich um selbständige Verfügungen des Amtes für Soziales gehandelt, wäre die Departementsvorsteherin nach der gesetzlichen Ordnung zur Behandlung und Entscheidung der Rekurse zuständig gewesen (Art. 43bis VRP). Mit ihrer Befangenheitserklärung brachte sie zum Ausdruck, dass sie in der Sache vorbefasst war, und zwar dahingehend, dass sie den Entscheid selber fällte. Folgerichtig hat daher die Regierung und nicht etwa das stellvertretende Departement (Art. 25 StVG) über die Rekurse gegen die Kündigungen entschieden.

Unter diesen Umständen hat die Regierung zutreffend entschieden, die Kündigungsentscheide seien der Departementsvorsteherin zuzurechnen. Nachdem die Regierung dies aber erst im Rekursentscheid vom 24. Mai 2005 förmlich festgestellt hat, beginnt die Kündigungsfrist erst mit der Eröffnung des Regierungsentscheides zu laufen. Dieser wurde am 31. Mai 2005 zugestellt. Er traf somit nicht vor dem 1. Juni 2005 beim Rechtsvertreter der Betroffenen ein. Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Erklärung ist (BGE 113 II 259), wurde sie aufgrund der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 StVG auf Ende September 2005 rechtswirksam.

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Regierung die sachgemässe Anwendbarkeit der obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Massenentlassungen zu Recht verneint hat. Nach Art. 335d OR gelten Kündigungen als Massenentlassung, wenn sie der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, und wenn mindestens zehn Arbeitnehmer in Betrieben betroffen werden, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Personen beschäftigen, oder mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Personen beschäftigen, oder mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Personen beschäftigen.

a) Die Regierung ging davon aus, als Betrieb im Sinne von Art. 335d OR sei das Departement des Innern mit über 300 Mitarbeitenden zu betrachten. Da weniger als 30 Angestellte entlassen worden seien, seien die Bestimmungen über die Massenentlassung nicht anwendbar. Demgegenüber machen die Beschwerdeführer geltend, das Departement umfasse verschiedene Organisationseinheiten, die sich von ihrem Aufgabenbereich und ihrer Art her überhaupt nicht entsprechen würden. Von der Art her verwandt könnten höchstens die Abteilungen des Amtes für Sozia-

les angesehen werden, zu denen auch die Asylzentren gehörten. Es sei sachgerecht, nur den Bereich der Asylzentren als massgebliche Betriebseinheit zu betrachten, denn nur diesbezüglich könne gesagt werden, dass sich die verschiedenen Betriebe von ihrer Art her entsprechen würden. Bezeichnend sei denn auch, dass die Zentren für Asylsuchende vor kurzem gesamthaft aus dem Amt für Soziales ausgegliedert und in das Justiz- und Polizeidepartement integriert worden seien. Die Organisationseinheit Zentren für Asylsuchende habe bis vor kurzem noch knapp 100 Mitarbeitende aufgewiesen. Nach den Feststellungen im angefochtenen Rekursentscheid seien in den Zentren Rüthihof und Soldanella insgesamt 18 Personen entlassen worden. Damit sei der für die Qualifikation als «Massenentlassung» erforderliche Schwellenwert gemäss Art. 335d OR sowohl nach Ziff. 1 wie auch nach Ziff. 2 erreicht.

b) Als massgebende Vergleichseinheit nennt das Obligationenrecht den Betrieb. Es definiert diesen Begriff aber nicht. Nach herkömmlichem Verständnis wird als Betrieb eine einzelne industrielle, kaufmännische oder gewerbliche Unternehmens- einheit bezeichnet (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim/Wien/ Zürich 1983). Im Unterschied zur Unternehmung wird ein Betrieb zumeist als eine technische Einheit verstanden (Lexirom 4.0, Stichwort Betrieb). In Literatur und Praxis zum Arbeitsrecht wird als Betrieb eine auf Dauer ausgerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit betrachtet (vgl. BGE 129 III 336 f.; Rehbinde/Portmann, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2003, N 2 zu Art. 333 OR).

Sinn und Zweck von Art. 335d OR ist es unter anderem, den gesellschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer Massenentlassung entgegenzuwirken (vgl. Th. Geiser, Massenentlassung, in: AJP 1995, S. 1417). Deshalb werden verschiedene Betriebe des gleichen Arbeitgebers als Einheit betrachtet, wenn sie geographisch nahe beieinander liegen und sich von ihrer Art her entsprechen (Geiser, a. a. O., S. 1417 mit Hinweis auf G. Aubert, Massenentlassungen und Übergang von Betrieben, in: AJP 1994, S. 701). Bei Massenentlassungen sind die Abhängigkeitsgefühle und die Verunsicherung der betroffenen Arbeitnehmer besonders stark, weshalb eine kollektive Interessenvertretung sehr wichtig ist (Aubert, a. a. O., S. 700).

Im Bereich der beruflichen Vorsorge gilt es als erhebliche Verminderung der Belegschaft, wenn diese um rund 10 Prozent der Arbeitnehmer reduziert wird (vgl. BGE 2A.576/2002 vom 4. November 2003). Wenn die Voraussetzungen einer Massenentlassung gemäss OR erfüllt sind, wird stets der Tatbestand einer Teilliquidation gemäss Art. 23 des Freizügigkeitsgesetzes (SR 831.42) angenommen (vgl. A. Strub, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, in: AJP 1994, S. 1528).

Im Hinblick auf die Organisation der Staatsverwaltung und die Verantwortung eines Regierungsmitgliedes für ein einzelnes Departement lassen sich für die Wahl des Departements als massgebende Einheit analog des Betriebs im Sinne des OR gute Gründe anführen. Aufgrund von Sinn und Zweck der Bestimmungen über die Massenentlassung erscheint dieser Anknüpfungspunkt aber nicht überzeugend.

Der Umstand, dass einem Betrieb stets auch eine gewisse funktionale und organisatorische Einheit bzw. Selbständigkeit zukommt, bliebe unberücksichtigt. Obwohl beispielsweise sämtliche Mittelschulen einem einzigen Amt angegliedert sind, müsste wohl jede einzelne Schule als Betrieb qualifiziert werden. Das Departement erscheint auch deshalb wenig geeignet zur Heranziehung als Vergleichsmassstab für den Betrieb, weil die Departemente grosse Differenzen bei der Zahl der Mitarbeitenden aufweisen und die Zugehörigkeit gewisser Ämter zu einzelnen Departementen nicht betrieblich oder sachlich zwingend vorgegeben ist. Die kürzlich erfolgte Ausgliederung der Asylbetreuung aus dem Departement des Innern mit weniger als 300 Angestellten (zu Vollzeitstellen gerechnet) und die Integration in das Justiz- und Polizeidepartement (mit rund 1150 Stellen) zeigt, dass die Departemente als Vergleichsmassstab sachlich nicht geeignet sind.

Im Hinblick auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung sind insbesondere örtlich und/oder organisatorisch selbständige Verwaltungseinheiten als Betriebe zu betrachten, etwa eine Mittelschule, eine Strafanstalt oder ein Spital. Das Gesetz sieht als minimale Betriebsgrösse für die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassungen eine solche von 20 Personen vor. Sinn und Zweck liegt darin, dass die Information der Angestellten sichergestellt ist und den Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Rechnung getragen wird. Im Schrifttum wird aufgrund des Normzwecks gefordert, dass nur geographisch nahe beieinanderliegende Betriebe zusammenzuzählen sind, nicht aber die in verschiedenen Betrieben desselben Arbeitgebers ausgesprochenen Kündigungen (Geiser, a. a. O., S. 1417).

Unter diesen Umständen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die einzelnen Asylzentren als Betrieb zu betrachten sind. Den einzelnen Zentren kommt eine organisatorische und betriebliche Eigenständigkeit zu. Es sind funktional selbständige Verwaltungseinheiten, die eine bestimmte Aufgabe erfüllen. Die Zentren liegen zudem geographisch nicht eng beeinander, sondern sind mehr oder weniger gleichmässig über den Kanton verteilt. Somit ist die Zahl der in den einzelnen Zentren tätigen Angestellten für die Betriebsgrösse massgebend. Da die beiden Asylzentren Soldanella und Rüthihof je für sich allein weniger als 20 Angestellte umfassten, gelangen die Vorschriften über die Massenentlassung nicht zur Anwendung.

c) Selbst wenn die Vorschriften über die Massenentlassung anwendbar wären, wären sie im vorliegenden Fall eingehalten worden.

Art. 335f Abs. 1 OR bestimmt, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren hat, wenn er beabsichtigt, eine Massenentlassung vorzunehmen. Er gibt ihnen zumindest die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR). Er muss der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich mitteilen: die Gründe der Massenentlassung a), die Zahl der Arbeit-



nehmer, denen gekündigt werden soll (b), die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (c) sowie den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen (d).

Diese Bestimmungen sind im öffentlichen Personalrecht des Kantons St.Gallen sachgemäss anwendbar (Art. 83 StVG). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (VerwGE vom 24. Februar 2000, in: ZBI 2001, S. 606) sind die Bestimmungen über die Massentlassung, obwohl nicht unter den Kündigungsschutzbestimmungen im engeren Sinn gemäss Art. 336 OR aufgeführt, vom Verweis in Art. 83 StVG ebenfalls erfasst. Der Terminus «sachgemäss» bedeutet, dass es sich um eine offene Verweisung handelt und somit nicht um eine inhaltlich vollständige Übernahme der Vorschriften des OR (vgl. Tomas Poledna, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Helbling/Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 214; M. Bertschi, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht, in: ZBI 2004, S. 621 f.). Das Verwaltungsgericht erwog im zitierten Urteil, bei dem es um Kündigungen im Zusammenhang mit einem Beschluss des Kantonsrates ging, bei der Orientierung der Betroffenen seien die speziellen Entscheidungsabläufe im demokratischen Gemeinwesen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer eine Konsultation stattgefunden, die den sachgemäss anwendbaren Vorgaben von Art. 335f OR entsprochen hat. Die Angestellten wurden frühzeitig orientiert. Bereits im Mai 2004 wurde anlässlich der Schliessung der Zentren Fleuben und Felsengarten öffentlich darüber informiert, es sei schon bald mit weiteren Schliessungen zu rechnen, falls der Rückgang der Zahl der Asylsuchenden anhalten werde. Am 18. Juni 2004 wurden sämtliche Mitarbeiter der Asylzentren zu einer Informationsveranstaltung eingeladen, die am 30. Juni 2004 im Hotel Ekkehard in St.Gallen stattfand. Es ist auszuschliessen, dass an dieser Veranstaltung die in Aussicht gestellte Schliessung weiterer Zentren nicht zur Sprache kam. Auch wurden die Schliessungsentscheide und der Stellenabbau über die Zentrenleiter kommuniziert. Die Betroffenen hatten damit die Möglichkeit, Vorschläge im Sinn von Art. 335f Abs. 2 OR zu unterbreiten, wie die Kündigungen ganz oder teilweise hätten vermieden werden können. Ohnehin ist beim Wegfall öffentlicher Aufgaben die Vorschlagsmöglichkeit im Sinne von Art. 335f Abs. 2 OR beschränkt, da ein Wegfall von Aufgaben nicht einfach mit einem Wachstum in anderen Bereichen verbunden ist.

Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass im öffentlich-rechtlichen Kündigungsverfahren ein individueller Anspruch auf rechtliches Gehör besteht (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 15 Abs. 2 VRP). Die Anhörung vor der Entlassung ist daher grundlegend anders geregelt als im Privatrecht. Vorliegend wurden die Mitarbeiter zusätzlich zur gemeinsamen Information an einer besonderen Veranstaltung einzeln orientiert bzw. konsultiert. Eine spezifische Arbeitnehmervertretung der in den Asylzentren tätigen Personen besteht nicht, weshalb es im Hinblick auf Art. 335f OR nicht zu

beanstanden ist, dass die Angestellten einzeln orientiert wurden. Zudem konnten sowohl der vpod für die von ihm vertretenen Angestellten als auch die Präsidentenkonferenz der Staatspersonalverbände ihre Stellungnahmen einreichen. Im weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern nicht alle zweckdienlichen Auskünfte erteilt wurden. Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs wurden die Gründe der Entlassung schriftlich mitgeteilt. Die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer bzw. der in der Asylbetreuung tätigen Angestellten war den Betroffenen bekannt bzw. konnte den allgemein zugänglichen Informationen der Staatsverwaltung entnommen werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Bestimmungen über die Konsultation der Angestellten bei einer Massenentlassung sachgemäss angewendet worden sind. Der Einwand der Beschwerdeführer, die Schliessung der Zentren sei ein einsamer Entscheid der Exekutive gewesen, der den Betroffenen lediglich noch als beschlossene Sache kommuniziert worden sei, ist unbegründet. Vielmehr sind die Betroffenen frühzeitig orientiert und sowohl gesamthaft im Rahmen einer Veranstaltung als auch individuell im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs orientiert und angehört worden.

4. Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, ein triftiger bzw. sachlicher Grund für die Kündigungen sei nicht nachgewiesen. Sie würden grundsätzlich anerkennen, dass Anpassungen des Verwaltungsapparates an veränderte Bedürfnisse und Verhältnisse Anlass für Stellenaufhebungen gäben und damit auch einen sachlichen Grund für Entlassungen darstellen könnten. Eine Entlassung dürfe allerdings nur stattfinden, wenn der Staat den Betroffenen keine andere Beschäftigung anbieten könne. Die Betroffenen dürften erwarten, dass allenfalls notwendige Massnahmen frühzeitig geplant und vorbereitet würden. Eine sorgfältige Planung setze unter anderem voraus, dass der Personalbedarf frühzeitig kalkuliert und allfälligen Unsicherheiten mit Massnahmen begegnet werde, mit denen Kündigungen des bestehenden Personals vermieden werden könnten.

a) Das st.gallische Personalrecht enthält keine Regelung über die materiellen Anforderungen an eine Kündigung. Allgemein gilt der Grundsatz, dass im öffentlichen Dienst eine Kündigung nur aus triftigem Grund ausgesprochen werden darf (vgl. GVP 1995 Nr. 3 mit Hinweisen). Dieser muss nicht in der Person des Angestellten liegen. Als triftige bzw. sachliche Gründe für die Auflösung des öffentlichen Angestelltenverhältnisses gelten unter anderem auch betriebliche oder wirtschaftliche Gründe (vgl. Urs Steinem, in: ZBI 2004, S. 649). Die Aufhebung einer Stelle wird sogar als sachlicher Grund für die vorzeitige Auflösung eines Beamtenverhältnisses betrachtet (vgl. M. Merker, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 160). Die Beschwerdeführer bestreiten denn auch grundsätzlich nicht, dass veränderte Verhältnisse Anlass für Stellenaufhebungen und damit auch Kündigungen sein können.

b) Der starke Rückgang der Zahl der Asylbewerber ist unbestritten. Dass die Kapazitäten der Asylbetreuung der Zahl der zu Betreuenden anzupassen und aufgrund

des starken Rückgangs zu reduzieren sind, steht ausser Frage. Im weiteren steht fest, dass den Betroffenen bzw. einer Mehrzahl davon keine anderen Arbeitsstellen in der Staatsverwaltung angeboten werden konnten. . . .

c) Unbegründet sind sodann die Einwendungen, es habe an einer vorausschauenden Planung gefehlt. Die Beschwerdeführer machen geltend, der Kanton habe noch im Oktober 2003 ein neues Zentrum in Eichlitten eröffnet, obwohl die übrigen Zentren damals nur zu 80 Prozent ausgelastet gewesen seien. Es treffe nicht zu, dass der Einbruch bei den Asylsuchenden erst im April 2004 eingetreten sei. Eine umsichtige Planung hätte auch darin bestehen können, dass für Eichlitten vorerst nur befristetes Personal hätte angestellt werden können, um anschliessende Kündigungen von langjährigen Angestellten zu vermeiden.

Die Kapazität der Asylbetreuung ist einer ständigen Anpassung unterworfen. Die Zahl der neu dem Kanton St.Gallen zugewiesenen Asylbewerber betrug laut Amtsberichten der Regierung (Tabelle 30.2.1) im Jahr 1998 2455 Personen, im Jahr 1999 2789, im Jahr 2000 1084, im Jahr 2001 1269, im Jahr 2002 1561, im Jahr 2003 1255 und im Jahr 2004 824 Personen. Wohl war somit im Jahr 2003 bereits ein Rückgang der Zugänge erkennbar, doch lag deren Zahl im Jahr 2003 nicht wesentlich tiefer als im Jahr 2001. Ein Absinken der Zugänge auf ein Niveau, das in den letzten zehn Jahren nicht mehr erreicht wurde, war erst im Jahr 2004 deutlich absehbar. Ausserdem war zwar bekannt, dass abgewiesene Asylbewerber mit Nichteintretensentscheid mit der Neuordnung der Nothilfe seit 2004 aus den Sozialhilfestruckturen ausgeschlossen sind. Doch war auch diese Entwicklung mit Unsicherheiten behaftet und in den Auswirkungen auf die Gesamtzahl der zu betreuenden Personen nicht genau abzuschätzen. Mit der Änderung des Nothilfe-konzepts für abgewiesene Asylbewerber mit einem Nichteintretensentscheid war eine Übergangsfrist verbunden, weshalb die Regierung am 30. März 2004 bei der Kenntnisnahme der Rahmenbedingungen des Bundes als Ziel festhielt, dass erst nach der Übergangsfrist von neun Monaten keine der besagten Personen mehr in den Asylstrukturen des Kantons und der Gemeinden versorgt würden.

Entscheidend ist indessen, dass das Departement ungeachtet dieser Unwägbarkeiten frühzeitig gehandelt hat. Bereits in den Jahren 2002 und 2003 wurden mehrere temporäre Asylunterkünfte in Balgach, Walenstadt, Jona, Degersheim und Alt St.Johann geschlossen. Im Oktober 2004 wurden in der Folge die Zentren Felsengarten und Fleuben geschlossen. Die Schliessung der Zentren Rüthihof und Soldanella erfolgte dann per Ende Februar 2005, und aufgrund der derzeitigen Entwicklung ist per Ende Januar 2006 die Schliessung des Zentrums Eichlitten vorgesehen. Dies zeigt, dass die Zahl der Zentren und die Kapazitäten für die Betreuung laufend angepasst werden. Eine langfristige Planung ist in diesem staatlichen Aufgabenbereich allerdings nur eingeschränkt möglich. Der Umfang der öffentlichen Aufgaben kann erheblich schwanken, wie dies etwa auch im Bereich der Arbeitslosenvermittlung und -betreuung der Fall ist. Wenn in solchen Aufgabenbereichen relativ kurzfristig personelle Kapazitäten aufgestockt und anschlies-

send wieder abgebaut werden, kann dies nicht auf eine ungenügende Vorbereitung und Planung zurückgeführt werden. Wohl trifft es zu, dass beispielsweise neue Asylbewerberzentren nur mit befristet angestelltem Personal hätten betrieben werden können. Aufgrund einer ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten ist es aber dennoch nicht zu beanstanden, dass im allgemeinen feste Anstellungen vereinbart wurden. Festanstellungen liegen übrigens auch im Interesse der einzelnen Angestellten, da diese bei befristeter Anstellung nicht der Rentenversicherung angehören könnten (vgl. Art. 7 VVK). Im übrigen wurde das Zentrum Eichlitten von der Asylorganisation des Kantons Zürich übernommen, weshalb es nicht möglich war, dort ausschliesslich befristetes Personal zu beschäftigen, um die spätere Entlassung von fest angestellten Personen zu vermeiden. Wie in der Rekursvernehmlassung dargelegt wird, hat das Departement in einer ersten Phase temporäre Aufnahmestellen geschlossen und erst anschliessend die Zahl der dauernd eingerichteten Zentren reduziert.

d) Im Rekurs hatten die Beschwerdeführer geltend gemacht, es sei schlichtweg nicht erkennbar, nach welchen Kriterien die zu schliessenden Zentren ausgewählt worden seien. Vor allem die Schliessung des Zentrums Rüthihof werfe Fragen auf, handle es sich bei diesem doch um ein eigentliches Vorzeigezentrum, welches beispielsweise das einzige sei, das Kindern von Asylbewerbern den Besuch einer öffentlichen Schule ermögliche. In der Beschwerde wird gerügt, die Regierung sei auf dieses Argument nicht eingetreten, was als Verletzung des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren sei.

Die Regierung erwo, mit dem Argument, es hätten andere Zentren geschlossen werden können, werde das Problem der Kündigungen lediglich von einem Zentrum auf ein anderes verschoben. Welche Zentren beim bestehenden Zwang zur Schliessung nun konkret zu schliessen seien, sei eine Entscheidung der Departementsvorsteherin in dem ihrer Verantwortung unterstehenden Sachbereich, der von der Regierung nicht weiter zu «hinterfragen» sei. Zutreffend weisen die Beschwerdeführer darauf hin, dass die Regierung im Rekursverfahren auch Ermessensentscheide der Departemente mit voller Kognition überprüfen kann (Art. 46 Abs. 1 VRP). Insoweit sind die Erwägungen der Regierung missverständlich. Es ist indessen nicht ersichtlich, inwiefern die Entscheidung des Departements in diesem Bereich einen Ermessensfehler aufweist. Jedenfalls lässt sich gegen den Schliessungsentscheid bzw. die damit verbundenen Kündigungen von Angestelltenverhältnissen nicht einwenden, es hätte ebensogut ein anderes Zentrum geschlossen werden können. Ausschlaggebend ist einzig, dass ein triftiger Grund für die Schliessung und die damit verbundenen Kündigungen bestand und keine geradezu zwingenden Gründe ersichtlich sind, anstelle der vorliegend betroffenen Zentren zwei andere zu schliessen. Die Beschulung der Kinder der Asylbewerber in einer öffentlichen Schule vermöchte jedenfalls eine Privilegierung der im Zentrum Rüthihof tätigen Mitarbeiter gegenüber jenen der anderen Zentren nicht zu rechtfertigen.

e) Nicht stichhaltig ist der Einwand der Beschwerdeführer, die Schliessungsentscheide hätten frühzeitiger kommuniziert werden können. Wie oben erwähnt, wurde über den Abbau der Kapazitäten in der Asylbetreuung laufend orientiert. Die Angestellten mussten daher damit rechnen, dass sie von einem Schliessungsentscheid getroffen werden könnten. In ihrem persönlichen Schreiben vom 19. November 2004 an die Departementsvorsteherin hielten denn auch verschiedene Betroffene fest, sie hätten alle gewusst, dass Zentren im Kanton St.Gallen geschlossen würden. Doch selbst wenn der Entscheid über die von der Schliessung konkret betroffenen Zentren frühzeitiger mitgeteilt worden wäre, so ändert dies nichts daran, dass für die Schliessung ein triftiger Grund bestand und die gesetzliche Kündigungsfrist eingehalten wurde. Somit erweisen sich die Kündigungen als rechtmässig.

f) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerden abzuweisen sind. Allerdings ist wie erwähnt festzustellen, dass die rechtswirksame Kündigung erst mit dem am 31. Mai 2005 zugestellten Rekursentscheid der Regierung vom 24. Mai 2005 erfolgt ist.

## 6

*Art. 1 ff. DG (sGS 161.3), Art. 24 lit. a des Personalreglements der Stadt St.Gallen (sRS 191.1).* Abgrenzung der administrativen von der disziplinarischen Entlassung. Die als administrative Massnahme verfügte Entlassung einer Lehrerin ist rechtmässig, wenn beide Seiten geltend machen, das gegenseitige Vertrauensverhältnis für eine weitere Zusammenarbeit sei zerstört.

*Verwaltungsgericht, 16. August 2005*

S. versah bis zum Ende des Schuljahres 2002/2003 einen Lehrauftrag an einer Musikschule. Die Stadt St.Gallen ist Stiftungsmitglied der Musikschule, und die Anstellung von S. erfolgte gemäss ihren personalrechtlichen Bestimmungen. Der Direktor der Musikschule beurteilte den Unterricht von S. für die berufsausbildende Stufe als ungenügend. In der Folge wandte sich S. an die damalige Vizepräsidentin des Stiftungsrates der Musikschule und für das Schulwesen zuständige Stadträtin und warf dem Direktor mangelhafte Führung und Mobbing vor. Anschliessend wandte sie sich mit einem weiteren Dozenten in einem offenen Brief an die Öffentlichkeit und erhob Vorwürfe gegen die Musikschule und den Direktor. Hierauf kündigte der Schulvorstand den Lehrauftrag, und der Stadtrat bestätigte die Kündigung. S. erhob Rekurs, der vom Departement des Innern gutgeheissen wur-

de mit der Begründung, es hätte ein Disziplinarverfahren eingeleitet werden müssen. Der Stadtrat erhob Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Strittig ist die Frage, ob die zur Auflösung des Lehrauftrags der Beschwerdegegnerin an der Musikschule verfügte ordentliche Kündigung als Administrativmassnahme zulässig war.

aa) Im Bereich des städtischen Dienstrechts ist zu beachten, dass nebst dem Personalreglement auch das kantonale Disziplinalgesetz (DG) zur Anwendung gelangen kann. Nach Art. 1 Abs. 1 DG gilt das Disziplinarrecht auch für die Beamten und Angestellten der Gemeinden, sofern sie in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen. Dieser Vorbehalt des kantonalen Disziplinalgesetzes ist ausdrücklich in Art. 1 Abs. 2 lit. c des städtischen Personalreglements (abgekürzt PR) verankert. Im weiteren ist zu beachten, dass die Politische Gemeinde St.Gallen bei der Regelung der Dienstverhältnisse weitgehend autonom ist und eine Ermessenskontrolle durch das Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren nicht möglich ist (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP).

bb) Die administrative Entlassung unterscheidet sich von der disziplinarischen Entlassung dadurch, dass sie nicht auf eine schuldhafte Dienstpflichtverletzung zurückzuführen ist. Wenn dem Beamten oder Angestellten hingegen ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, das subjektiv als Verschulden in der Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit anzurechnen ist, ist dies als disziplinarisches Verhalten zu qualifizieren. Wird ein solcher Vorwurf nicht erhoben, aber allgemein die Untauglichkeit des Beamten oder Angestellten geltend gemacht, als deren Ausdruck das objektiv pflichtwidrige Verhalten erscheint, handelt es sich nicht um eine Disziplinarmassnahme (vgl. E. M. Jud, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, Diss. Freiburg 1975, S. 190 ff.; W. Hinterberger, Disziplinarfehler und Disziplinarmassnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes, Diss. St.Gallen 1986, S. 340 ff.; GVP 1995 Nr. 2).

cc) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Verwaltung nicht verpflichtet, bei jeder Dienstpflichtverletzung eine Disziplinarmassnahme zu ergreifen. Sie kann, auch wenn sie dem Beamten subjektiv ein Verschulden nachzuweisen vermag, gleichwohl die administrative Auflösung wählen, wenn sie das Dienstverhältnis nicht des Schuldvorwurfs wegen auflöst, sondern geltend macht, der Beamte oder Angestellte habe durch sein schuldhaftes Verhalten Eigenschaften gezeigt, die ihn objektiv für seine Arbeit als ungeeignet erscheinen lassen (GVP 1995 Nr. 2; VerwGE vom 20. April 1999 i. S. A. T.; Schrott/Gerber, Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe, Bd. 22, St.Gallen 1989, N 40 mit Hinweis auf BGE 100 Ib 25 sowie auf die unver-

öffentlichten Bundesgerichtsentscheide i. S. G. vom 30. März 1973, i. S. S. vom 11. Juli 1975 und i. S. G. vom 10. Dezember 1976). Auch das Bundesgericht führte in einem den Kanton St.Gallen betreffenden Fall aus, das Nebeneinanderbestehen von Gründen, die allenfalls eine disziplinarische Entlassung rechtfertigen könnten und von solchen, die zu einer Administrativentlassung führen müssten, schränke die Möglichkeit der administrativen Entlassung nicht ein, da sonst der Beamte, der aus objektiven Gründen untragbar geworden sei, bevorzugt werde, wenn ihm daneben noch ein Verschulden zur Last falle (BGE 104 Ia 165). Anders zu entscheiden wäre, wenn die wichtigen Gründe nur vorgeschoben sind und die Massnahme in Tat und Wahrheit einer Disziplinarstrafe gleichkomme (BGE 100 Ib 26).

Wie das Verwaltungsgericht in GVP 1995 Nr.2 festgehalten hat, können administrative und disziplinarische Gründe für eine Entlassung nebeneinander bestehen. Das Vorliegen von disziplinarischen Gründen schliesst die administrative Entlassung nicht aus, doch darf das Administrativverfahren nicht zur Umgehung eines Disziplinarverfahrens führen. Entscheidend ist, dass dann, wenn disziplinarische und administrative Gründe für eine Massnahme vorliegen, eine administrative Massnahme nur dann möglich ist, wenn die Gründe für eine administrative Entlassung für sich allein genügen (VerwGE vom 1. Dezember 1995 i. S. H. K. mit Hinweisen auf ZBI 85/1984, S. 407 und T. Poledna, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten – vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, in: ZBI 96/1995, S. 49 ff.).

dd) Die Gründe, die eine administrative Kündigung rechtfertigen, müssen von einem gewissen Gewicht sein. Zwar ist nicht erforderlich, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen; es reicht vielmehr, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung widerspricht (M. Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 299). Es müssen sachliche, vertretbare Gründe sein, so dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht als Willkürakt erscheint. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung sodann ein geeignetes Mittel zur Problemlösung sein, und es dürfen nicht weniger einschneidende Massnahmen wie bspw. eine Verwarnung ebenfalls zum Ziel führen. Zudem muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (Michel, a. a. O., S. 301 f.). Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. anstelle vieler GVP 1995 Nr. 3; Michel, a. a. O., S. 342 f.; ZBI 104/2003, S. 202; VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.).

b) aa) In der Begründung der Kündigung hielt der Schulvorstand fest, dass die fehlende Vertrauensbasis für eine weitere Zusammenarbeit zwischen der Beschwerdegegnerin einerseits und dem Direktor der Musikschule und dem Schulvorstand andererseits ausschlaggebend für die ausgesprochene Kündigung gewe-

sen sei. Ursache des zerstörten Vertrauens sei dabei das von der Beschwerdegegnerin an die Öffentlichkeit gerichtete Schreiben, worin diese gegenüber dem Direktor schwerste Vorwürfe hinsichtlich Betriebs- und Personalführung erhoben sowie auch indirekt den Schulvorstand und den Stiftungsrat der mangelnden Aufsicht und Führung bezichtigt habe. Zudem habe die Beschwerdegegnerin mit der Wahl des Zeitpunkts der Veröffentlichung der Vorwürfe auch in Kauf genommen, dass der vom städtischen Parlament zu bewilligende Kredit für den Weiterbetrieb der Musikschule nicht gesprochen werde.

b) Die Vorinstanz leitet aus der Begründung der Kündigung ab, dass das der Beschwerdegegnerin in der Kündigung zur Last gelegte Verhalten schuldhaft begründet gewesen sei, weshalb der disziplinarische Weg hätte beschritten werden müssen.

cc) Wie vorstehend ausgeführt wurde, begründete die Schulverwaltung die Kündigung mit dem zerstörten Vertrauensverhältnis. Die Einschätzung, wonach eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei, wurde von der Beschwerdegegnerin geteilt, welche in der Stellungnahme zur angedrohten Kündigung ausführte, dass auch ihrerseits das Vertrauensverhältnis «so stark erschüttert sei, dass ihr eine weitere Zusammenarbeit mit der Musikschule nicht mehr möglich erscheine». Diese Aussage der Beschwerdegegnerin ist entgegen den Auffassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin keineswegs aus dem Zusammenhang gerissen. Dies zeigt sich namentlich darin, dass die Beschwerdegegnerin gemäss Schreiben vom 25. April 2003 «eine einvernehmliche gegenseitige Vertragsauflösung» angestrebt hat. Unwesentlich ist sodann, ob der Vertreter der Beschwerdegegnerin irrtümlich davon ausgegangen ist, dass es sich beim Schreiben vom 4. April 2003 bereits um die Kündigung handelt.

dd) Schliessen beide Parteien, wie im vorliegenden Fall, eine weitere Zusammenarbeit aus, ist das Funktionieren der Verwaltung nicht mehr gewährleistet. In einem solchen Fall stellt der Konflikt im Arbeitsumfeld, der zur Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und -nehmer geführt hat, unabhängig vom Verschulden des zu entlassenden Mitarbeiters einen zulässigen Kündigungsgrund dar (vgl. VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.; VPB 65/2001 Nr. 14 E. 7; T. Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBI 95/1994 S. 464). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist mithin in einem Fall, wo für beide Parteien eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Frage kommt, nicht ausschlaggebend, ob die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses auf ein disziplinarisch relevantes Fehlverhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, sondern es ist ein wichtiger Grund gegeben, der eine administrative Kündigung rechtfertigt. Ob sich die Beschwerdegegnerin vorliegend auch Disziplinarfehler zuschulden kommen liess, kann damit offenbleiben. Nicht weiter zu prüfen ist sodann, ob vorliegend die nachträgliche Durchführung eines Disziplinarverfahrens mit Blick auf Art. 22 DG überhaupt möglich wäre, nachdem die Beschwerdegegnerin bereits seit Ende des Schuljahres 2002/2003 keinen Lehrauftrag mehr ausübt.



ee) Zu prüfen ist im weiteren, ob die administrative Kündigung auch mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar ist. Dabei fällt in Betracht, dass eine Kündigung nur zulässig ist, wenn weniger einschneidende Massnahmen, wie etwa Verwarnung oder Versetzung, nicht zum Ziel führen würden (Michel, a. a. O., S. 302). Sodann ist in diesem Zusammenhang auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, welche sich neben Art. 328 OR auch aus den allgemeinen Grundsätzen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts ergibt, zu berücksichtigen. Danach müssen bei Störungen des Arbeitsklimas alle zumutbaren Vorkehrungen zur Verbesserung des Arbeitsklimas getroffen werden und eine Kündigung ist erst statthaft, wenn sich diese Massnahmen als untauglich erwiesen haben (ZBI 104/2003, S. 209 mit weiteren Hinweisen). Schliesslich sind im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung die privaten Interessen des Arbeitnehmers an einem Unterbleiben der Kündigung gegen die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abzuwägen.

ff) Nachdem auch für die Beschwerdegegnerin, wie vorstehend ausgeführt wurde, eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Frage kam, erweist sich die Kündigung des Lehrauftrags als das einzige taugliche Mittel. In dieser Hinsicht ist die Verhältnismässigkeit somit ohne weiteres gegeben. Hinsichtlich der Fürsorgepflicht fällt in Betracht, dass verschiedentlich versucht wurde, durch vermittelnde Gespräche und eine Mediation eine Entspannung der Situation zu erreichen. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich und wird auch von der Beschwerdegegnerin nicht geltend gemacht. Schliesslich ergibt auch eine umfassende Interessenabwägung, dass die Kündigung durch das überwiegende öffentliche Interesse am Funktionieren der Verwaltung gerechtfertigt ist, nachdem die Beschwerdegegnerin selbst auch eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses angestrebt hat.

c) Zusammenfassend steht somit fest, dass die Kündigung entgegen der Auffassung der Vorinstanz auf administrativen Gründen beruht. Die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses genügt als Grund für die Entlassung, und die Massnahme erweist sich als verhältnismässig. Die Beschwerde ist gutzuheissen und Ziff. 1 des Dispositivs des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben.

### **3. Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten**

---

#### **7.**

*Art. 4 VG<sup>1)</sup> Beginn der Verwirkungsfrist für Verantwortlichkeitsansprüche.*

*Kassationsgericht, 20. Dezember 2005*

Nach Art. 4 Abs. 1 VG<sup>1)</sup> hat der Geschädigte das Schadenersatzbegehren innerhalb eines Jahres, nachdem er von der Schädigung Kenntnis erhalten hat, spätestens aber 10 Jahre nach der schädigenden Handlung einzureichen. Das Kreisgericht wie auch die Vorinstanz gingen zutreffend davon aus, dass der Begriff «Schädigung» nicht die schädigenden Einwirkungen auf den Körper des Betroffenen bezeichnet, sondern ein Synonym für den Begriff «Schaden» darstellt (GVP 1996 Nr. 5). Der Beginn des Fristenlaufes wird nach den gleichen Grundsätzen beurteilt, wie sie von Lehn und Rechtsprechung zu Art. 60 Abs. 1 OR entwickelt worden sind (GVP 1996 Nr. 5).

In Anbetracht der im Vergleich zur allgemeinen 10-jährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR relativ kurzen einjährigen Frist von Art. 60 OR werden an den Begriff der «Kenntnis des Schadens» hohe Anforderungen gestellt (Brehm, Berner Kommentar, Art. 60 OR N. 22). Die Kenntnis des Schadens ist nicht bereits dann gegeben, wenn der Geschädigte feststellt, dass er überhaupt einen Schaden erlitten hat. Ebenso wenig bedeutet Kenntnis der schädigenden Handlung bereits Kenntnis des Schadens. Diese muss sich vielmehr auf dessen Ausmass beziehen, denn der Schaden stellt einen Quantitätsbegriff dar. Solange der Geschädigte nicht Kenntnis von den wesentlichen Elementen seines Schadens hat, kann er die wirkliche Tragweite seiner Forderung noch nicht bestimmen. Deshalb kann von «Kenntnis» im Sinne von Art. 60 OR nur gesprochen werden, sofern der Geschädigte seinen gesamten Schaden überblicken kann, dieser also abgeschlossen ist (Brehm, a. a. O., Art. 60 OR N. 27). Kenntnis des Schadens liegt beim Geschädigten dann vor, wenn er die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale, d. h. alle tatsächlichen Umstände, kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Ergibt sich das Ausmass des Schadens aus einem Sachverhalt, welcher sich noch weiterentwickelt, so beginnt die Verjährung nicht vor Abschluss dieser Entwicklung zu laufen. Dies gilt nach Rechtsprechung und Lehre insbesondere bei Personenschäden, wo fast regelmässig ein Heilungsverlauf stattfindet (GVP 1996 Nr. 5; vgl. auch Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., § 16 N. 351). Solange sich der Schaden also noch weiterentwickelt, beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen (Keller/Gabi, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., S. 161; Berti, Basler Kommentar, Art. 60 OR N. 7). Solange sich der Geschädigte in intensiver ärztlicher

---

<sup>1</sup> Fassung gemäss Grunderlass vom 7. Dezember 1959

Behandlung befindet, ist davon auszugehen, dass das Ausmass der Invalidität noch nicht in hinreichend abschätzbarer Weise vorliegt und folglich die Verjährungsfrist noch nicht zu laufen beginnen kann (Rey, a. a. O., N. 1616 mit Verweis auf BGE 112 II 123 E. 4). Dies ist dann der Fall, wenn sich der Geschädigte mindestens noch bei zwei verschiedenen Ärzten in Behandlung befindet (Brehm, a. a. O., Art. 60 N. 42 mit Verweis auf BGE 112 II 123 E. 4). Mit Blick auf den materiell-rechtlichen Begriff der Schadenskenntnis und der Anknüpfung an eine quantitative Beurteilung der tatsächlich eingetretenen Vermögensdifferenz ist davon auszugehen, dass der Geschädigte erst dann genügende Kenntnis des Schadens hat, wenn er dessen Existenz und Beschaffenheit gesamthaft, d. h. in allen seinen wesentlichen Bestandteilen soweit überblicken und hinreichend begründen kann, dass ihm die gerichtliche Geltendmachung der sich daraus ergebenden Ansprüche (mit Aussicht auf Erfolg) möglich und zumutbar ist (Rey, a. a. O., N. 1611; Brehm, a. a. O., Art. 60 OR N. 28). Es genügt eine Kenntnis sämtlicher wesentlicher Elemente, eine Kenntnis «im Grossen und Ganzen». Der Betroffene hat also Kenntnis des Schadens, wenn er die schädlichen Auswirkungen soweit kennt, dass er in der Lage ist, für alle Schadensposten auf dem Prozessweg Ersatz zu verlangen. Der Geschädigte muss tatsächliche Kenntnis haben; blosses Kennenmüssen reicht nicht.

Um die Schadenpositionen wenigstens grob bemessen zu können, musste A. Sicherheit darüber haben, dass sein medizinischer Endzustand insofern erreicht war, als dass von den weiteren medizinischen Behandlungen keine substantielle Verbesserung seines Gesundheitszustandes zu erwarten war. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass eine Therapie zur Wachstumshormonsubstitution (ausser dem Lean Body Mass) «lediglich noch die Psyche nachhaltig beeinflussen kann». Es liegt auf der Hand, dass eine medizinische Therapie (bzw. deren Erfolg), die sich nachhaltig auf die Psyche auswirken kann, auch entscheidend für die Höhe des Genugtuungsanspruches ist. Eine nachhaltige Verbesserung der Psyche kann sich aber auch auf das Ausmass des Pflegeaufwandes relevant auswirken. Zur Durchführung dieser Wachstumshormonsubstitution konnte sich A. allerdings erst gut zwei Jahre später entschliessen, nachdem auch ein zwischenzeitlich beauftragter Gutachter einen entsprechenden Ratschlag erteilt hatte. Das lange Zuwarten rührte wohl daher, dass sowohl die Indikation als auch die Erfolgsaussichten einer Wachstumshormonsubstitution kontrovers waren. Die unterschiedlichen Meinungen der Fachärzte ändern indessen nichts daran, dass die Wachstumshormonsubstitution bei deren erstmaliger Thematisierung aus Sicht von A. und einem Teil der Mediziner eine ernsthafte Behandlungsalternative mit Verbesserungspotenzial hinsichtlich des Gesundheitszustands darstellte. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich A. seit seiner Entlassung Mitte Dezember 1995 aus dem Kantonsspital St.Gallen in verschiedenen ambulant-ärztlichen Behandlungen einer Physiotherapie mit wenigstens zwei Sitzungen pro Woche, zum andern einer dreiwöchigen stationären Kur in der Klinik Valens und einem dreimonatigen Aufenthalt in der Tagesklinik unterzog. Sämtliche Behandlungen sind schon

von ihrem zeitlichen Umfang her intensiv und bezweckten die Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes von A. Da die beschriebenen Behandlungen in Abständen von jeweils weniger als einem Jahr erfolgten, lief die Einjahresfrist von Art. 4 Abs. 1 VG nie während der medizinischen Behandlung ab.

Der Umstand, dass die Sozialversicherungsanstalt A. mit Verfügung vom 15. Mai 1997 rückwirkend eine Hilflosenentschädigung wegen Hilflosigkeit mittleren Grades zusprach, spricht nicht für eine Anspruchsverwirkung. Die Bedeutung eines privat- oder sozialversicherungsrechtlichen Renten- bzw. Leistungsentscheides bezüglich des Beginns der Verjährungsfrist von Art. 60 OR wird in der Lehre unterschiedlich bewertet. Es scheint anerkannt, dass ein derartiger Entscheid eine massgebliche Information zuhanden des Geschädigten darstellt, wenn dieser so schwer beeinträchtigt ist, dass die Eidgenössische Invaliden- oder eine Unfallversicherung Leistungen erbringen muss. Die Gerichtspraxis stellt für die Beurteilung des Fristenlaufs oft auf den Zustellungstermin des durch den Versicherer oder ein Versicherungsgericht erlassenen Rentenentscheids ab (vgl. BGE 123 III 205 Erw. 1). Verschiedene Autoren erblicken darin allerdings ein allzu schematisches Vorgehen und postulieren die vermehrte Berücksichtigung der Einzelfallumstände (Rey, a. a. O., N. 1625; Brehm, a. a. O., N. 43 f. m.H.; Oftinger/Stark, a. a. O., § 16 N. 352). Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Erwägung auf die Verfügung der Sozialversicherungsanstalt vom 15. Mai 1997 (angefochtener Entscheid, S. 4 und 13, kläg. act. 7). Es liegt auf der Hand, dass zur Bemessung eines Haushalt- und Pflegeschadens die Kenntnis der Verfügung der Sozialversicherungsanstalt über den Grad der Hilflosenentschädigung ein relevanter Anhaltspunkt ist. Denn die Sozialversicherungsanstalt bestimmt mit entsprechend geschultem Personal nach einem abgestuften Raster das Ausmass der Hilfsbedürftigkeit des Versicherten. Dass sich dies quantitativ auch bei schwerer Hilflosigkeit in einem nur geringen Geldbetrag, der von der Schadenssumme zu subtrahieren ist, auswirkt, steht dabei nicht im Vordergrund. Wichtig ist, dass der Geschädigte mit der Verfügung über die Hilflosenentschädigung einen Indikator zur Kenntnis erhielt, wie seine Situation im Raster der Hilfsbedürftigkeitsgrade behördlich beurteilt wird. Mit dieser Kenntnis kann er den mutmasslichen Pflegeaufwand anhand des von aussen angelegten Massstabes dokumentieren. Zudem kann er aber auch erst ab diesem Moment die konkreten Versicherungsleistungen (auch wenn sie masslich verhältnismässig gering sind) in seine Schadensberechnung einbeziehen.

## 4. Erziehung und Bildung

---

### 8

*Art. 1 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 StipG (sGS 211.5); Art. 15 ff. StipV (sGS 211.51).* Bei der Berechnung des zumutbaren Elternbeitrags sind die Reineinkommen der Eltern zusammenzurechnen, auch wenn diese nicht verheiratet sind. Der Abzug von Fr. 6000.– vom Reineinkommen für jedes Kind bis zum Abschluss der obligatorischen Schulzeit steht mit dem übergeordneten Recht nicht im Widerspruch. Eine Gesuchstellerin hat ihren zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch gegenüber einem Elternteil gegebenenfalls klageweise durchzusetzen. Ist die Erfüllung des familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs durch einen Elternteil aber objektiv unmöglich, so steht die Anrechnung eines Elternbeitrags im Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung.

*Verwaltungsgericht, 13. September 2005*

Die Eltern der 1980 geborenen S. sind nicht verheiratet. In einem Unterhaltsvertrag verpflichtete sich der Vater zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen bis zur Mündigkeit und allenfalls darüber hinaus, bis die Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Nach dem 20. Lebensjahr von S. verweigerte er weitere Zahlungen. S. begann nach der Maturitätsprüfung, Teilzeitarbeiten und einem Praktikum im Oktober 2004 an der Fachhochschule für Technik, Wirtschaft und Soziale Arbeit St.Gallen ein Studium und stellte für das Wintersemester 2004/05 ein Gesuch um Stipendien. Der Dienst für Finanzen und Stipendien (DFS) lehnte das Gesuch ab, da die anrechenbaren Kosten niedriger seien als die zumutbaren Eigen- und Elternleistungen. Mit Rekurs focht S. die Zusammenrechnung der Reineinkommen der Eltern an und machte ausserdem geltend, das Einkommen des Vaters sei bei der Bestimmung der Elternleistung nicht anzurechnen. Das Erziehungsdepartement wies den Rekurs ab. Auch eine Beschwerde von S. an das Verwaltungsgericht wurde abgewiesen.

Aus den Erwägungen (B 2005/79):

2. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass sich die Addition der Reineinkommen von Vater und Mutter nicht wörtlich aus Art. 25 Abs. 1 StipV ergebe. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung sprächen die nämliche Begrifflichkeit in Art. 277 Abs. 2 ZGB und Art. 1 StipG zudem für die Anwendung des gleichen Zumutbarkeitsbegriffs. Weil dem Vater zivilrechtlich die Zahlung von Unterhaltsleistungen nicht mehr zugemutet werden könne, sei deshalb sein Einkommen nicht als Bemessungsgrundlage für die Bestimmung der Höhe der Stipendien heranzuziehen.

a) Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist dieser nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahr-

ren Tragweite gesucht werden. Dabei sind alle Auslegungselemente zu berücksichtigen, namentlich Sinn und Zweck der Norm sowie die ihr zugrunde liegende Wertung, ebenso der Kontext der Norm mit den übrigen Bestimmungen des Erlasses. Vom klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u. a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (statt vieler BGE 126 V 105).

b) Art. 3 lit. c KV statuiert den grundrechtlichen Anspruch auf Beihilfen für die Aus- und Weiterbildung über den Grundschulunterricht hinaus nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der bewerbenden Person und ihrer Eltern.

Art. 1 Abs. 1 StipG bestimmt, dass der Staat in ausreichendem Masse Stipendien und Studiendarlehen gewährt, soweit die vollen Kosten der Ausbildung oder Weiterbildung einem Bewerber oder seinen Eltern nicht zugemutet werden können. Ferner sollen bei der Bemessung der Höhe der Stipendien einerseits die Kosten der Ausbildung oder Weiterbildung, der Reise zum Schul- oder Lehrort, der Unterkunft und der Verpflegung und andererseits die finanziellen und familiären Verhältnisse des Empfängers und seiner Eltern massgebend sein (Art. 9 Abs. 1 StipG). Die in Art. 9 StipG geregelte Bemessung der Stipendien wird in den Art. 15 ff. StipV konkretisiert.

c) Art. 25 StipV legt fest, dass dem Gesuchsteller ein Elternbeitrag nach dem Anhang zur Verordnung angerechnet wird, wobei für diesen Beitrag das Reineinkommen der Eltern nach der Veranlagung für die Staats- und Gemeindesteuern massgeblich ist (Art. 25 Abs. 1 StipV). Die Bestimmung lässt sowohl den Zivilstand der Eltern als auch deren Wohnverhältnisse ausser acht. Somit geht Art. 25 Abs. 1 StipV grundsätzlich von einem Elternbeitrag beider Eltern aus. Ob dieser getrennt zu ermitteln oder zusammenzurechnen ist, legt das Gesetz nicht explizit im Wortlaut fest. Allerdings wird in Art. 25 Abs. 1 StipV der Begriff «Elternbeitrag» im Singular verwendet, und auch aus Art. 25 Abs. 2 StipV ist zu schliessen, dass für beide Elternteile ein einziger Beitrag massgebend ist. Dies spricht dafür, dass der Ordnungsgeber von einer Zusammenrechnung der allenfalls je getrennt veranlagten Einkommen von Vater und Mutter ausging. Bestätigt wird dies durch die Regelung von Art. 27 lit. b StipV. Danach wird vom Reineinkommen der Eltern je Fr. 6000.– abgezogen, sofern diese getrennt leben. Es könnte zwar daraus die Folgerung gezogen werden, dass die entsprechend reduzierten Beiträge getrennt zu veranschlagen sind. Dies würde aber dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung und dem Verbot der Diskriminierung (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) diametral zuwiderlaufen. Nach dem Anhang zur StipV sind die Elternbeiträge im Verhältnis zum Reineinkommen progressiv festgelegt. Der minimale Elternbeitrag von Fr. 500.– kommt bei einem Reineinkommen von Fr. 33 000.– zur Anwendung. Bei einem doppelt so hohen Reineinkommen beträgt er bereits Fr. 14 700.–. Würde bei ge-

trennt lebenden Eltern eine Einzelberechnung vorgenommen, fielen diese in eine wesentlich geringere Progressionsstufe. Für eine solche Privilegierung getrennt lebender Eltern finden sich keine sachlich vertretbaren und vernünftigen Gründe. Den im Vergleich zu zusammenlebenden Eltern höheren Lebenshaltungskosten bei zwei Haushalten wird mit dem Abzug von je Fr. 6000.– gemäss Art. 27 lit. b StipV hinreichend Rechnung getragen. Unter systematischen Gesichtspunkten sowie nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung ergibt sich somit, dass DFS und Vorinstanz die Elternbeiträge zu Recht zusammengerechnet haben.

d) Hinsichtlich der Frage, ob die Gewährung von Stipendien an die zivilrechtliche Unterhaltspflicht zu knüpfen sei resp. die Stipendiengesetzgebung und Art. 277 Abs. 2 ZGB den gleichen Zumutbarkeitsbegriff verwenden, ist grundsätzlich festzuhalten, dass gemäss Art. 62 BV die Schulhoheit den Kantonen zusteht. Art. 66 Abs. 2 BV hält sodann den Vorbehalt der kantonalen Schulhoheit hinsichtlich der Stipendiengesetzgebung ausdrücklich fest. Dem Bund sind deshalb direkte wie auch indirekte Eingriffe in die kantonale Schulhoheit bzw. in das materielle Stipendienrecht untersagt. Die Ordnung des Stipendienwesens, die Festsetzung der Voraussetzungen und der Höhe von Stipendien sowie das Verfahren verbleiben vollständig den Kantonen (vgl. BBI 1964 I 1115; Borghi, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1996, Art. 27quater aBV, N 17). Das Bundeszivilrecht findet im Stipendienrecht somit lediglich bei einem allfälligen entsprechenden Verweis als fakultatives, subsidiäres öffentliches Recht Anwendung, was die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat.

Art. 277 Abs. 2 ZGB regelt die Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht. Art. 3 lit. c KV sowie Art. 1 Abs. 1 StipG regeln die Zusprechung von Stipendien einerseits nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers und seiner Eltern und andererseits insoweit, als die vollen Kosten der Ausbildung dem Bewerber oder seinen Eltern nicht zugemutet werden können. Verfassung und Gesetz stellen somit ausdrücklich auf die Leistungsfähigkeit ab. Die Ausrichtung von Stipendien ist somit grundsätzlich unabhängig von der elterlichen Unterhaltspflicht, welche Gegenstand von Art. 277 Abs. 2 ZGB ist. Gemäss Botschaft der Regierung zum II. NG zum Stipendiengesetz vom 19. Dezember 2000 (ABI 2001, S. 69 ff.) wird die Elternleistung zudem abstrakt, d. h. unabhängig vom Unterstützungswillen oder von der faktisch gewährten Unterstützung der Eltern vorausgesetzt (ABI 2001, S. 73).

Immerhin verlangt das Gesetz aber auch eine Berücksichtigung der finanziellen und familiären Verhältnisse (Art. 9 Abs. 1 StipG). Besteht somit ein Anspruch auf elterliche Unterhaltsbeiträge, ist dies stipendienrechtlich zu berücksichtigen. Aufgrund des Unterhaltsvertrags aus dem Jahr 1981 hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch auf väterliche Unterhaltsbeiträge bis zur Mündigkeit und allenfalls darüber hinaus, bis die Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Es ist der Beschwerdeführerin deshalb zuzumuten, diesen selbständigen, zivilrechtlichen Anspruch gegenüber ihrem Vater, notfalls auch klageweise,

durchzusetzen (GVP 1997 Nr. 4). Dem steht auch nicht entgegen, dass in casu die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf den Unterhaltsvertrag zur Durchsetzung dieses Anspruchs vom Rechtsöffnungsrichter verweigert wurde, weil damit noch nicht über den materiellen Bestand des Anspruchs entschieden wurde.

e) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Verordnungsgeber mit der Einführung des Kriteriums der obligatorischen Schulzeit bei der Frage der Dauer der Gewährung des Kinderabzugs seine Kompetenz zum Erlass von Vollzugsvorschriften überschritten habe. Das Kriterium der obligatorischen Schulzeit sei zudem sachfremd und führe zu unvernünftigen Ergebnissen.

Das Stipendiengesetz ermächtigt die Regierung in Art. 24 Abs. 1 zum Erlass von für den Vollzug des Gesetzes notwendigen Vorschriften. Die Regierung ist somit explizit nicht zum Erlass ergänzender (gesetzesvertretender) Vorschriften, sondern lediglich zum Erlass von Ausführungsvorschriften befugt. Ausführungs- bzw. Vollzugsverordnungen kommt die Funktion zu, die gesetzlichen Bestimmungen zu konkretisieren und gegebenenfalls untergeordnete Lücken zu füllen, soweit dies für den Vollzug des Gesetzes notwendig ist. Die Ausführungsvorschriften müssen sich jedoch an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären (vgl. statt vieler BGE 126 II 291). Vollzugsbestimmungen sind zudem nur in dem Umfang zulässig, als das Gesetz dafür Raum lässt und nicht bewusst auf eine präzisere Regelung der betreffenden Frage verzichtet (BGE a. a. O.).

Das Stipendiengesetz umschreibt in Art. 2 f. den Gegenstand, in Art. 6 ff. die persönlichen Voraussetzungen, in Art. 8 die Höhe und in Art. 9 f. die Bemessung und die Dauer der Gewährung von Stipendien. Nach Art. 8 Abs. 2 StipG wird die Regierung explizit zur Festsetzung der Mindest- und Höchstansätze der Stipendien und Studiendarlehen gestützt auf die Kreditbeschlüsse des Kantonsrates ermächtigt. Art. 24 StipG ermächtigt die Regierung zum Erlass der Vollzugsvorschriften.

Art. 27 lit. a StipV begründet keine neuen Rechte und Pflichten. Er konkretisiert lediglich die Bemessungsgrundlage zur Berechnung der Stipendien. Weder wird damit der Gegenstand der Stipendien, deren Voraussetzungen oder der Kreis der Berechtigten noch die absolute Höhe der Stipendien tangiert. Es handelt sich mithin um eine typische Vollzugsbestimmung, welche die Vorschrift von Art. 9 StipG, wonach sich die Höhe der Stipendien u. a. nach den finanziellen und familiären Verhältnissen des Empfängers und seiner Eltern richtet, näher ausführt.

Auch erweist sich das Kriterium der obligatorischen Schulzeit, welche von den Kantonen im Konkordat über die Schulkoordination (sGS 211.31) auf eine Dauer von neun Jahren festgelegt wurde (Art. 2 lit. b), als nicht sachfremd. Nach Absolvierung der neun Jahre Grundschulunterricht bedürfen Jugendliche nicht mehr der ständigen Betreuung und Unterstützung der Eltern (GVP 2004 Nr. 12). Die Eltern können dann eine berufliche Tätigkeit wieder aufnehmen oder ausweiten. Oftmals beginnen die Jugendlichen nach Abschluss des obligatorischen Schulunterrichts



zudem durch den Beginn einer Lehre oder bei diversen Gelegenheitsarbeiten selbst etwas zur finanziellen Situation beizutragen. Im vorliegenden Fall verdiente die Schwester der Beschwerdeführerin während ihres Praktikums monatlich Fr. 1000.–. In ihrem ersten Lehrjahr zur Kleinkinderzieherin verdient sie ab August 2005 Fr. 725.– und erzielt somit ein jährliches Einkommen, das über dem für schulpflichtige Kinder abzugsberechtigten Betrag von Fr. 6000.– (Art. 27 lit. a StipV) liegt. Insofern trägt die entsprechende Ordnungsbestimmung den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung und ist vernünftig. Die Nichtgewährung des Abzugs für die Schwester der Beschwerdeführerin erweist sich damit als rechtmässig.

Im Fall B 2005/90 berücksichtigte der Dienst für Finanzen und Stipendien die steuerbaren Reineinkommen der geschiedenen Eltern des Gesuchstellers M. gemäss deren Veranlagungen für die Einkommens- und Vermögenssteuern 2003. M. erhob Rekurs und brachte vor, das Einkommen seines Vaters sei zu Unrecht berücksichtigt worden. Dieser sei ermessensweise eingeschätzt worden. Es sei nicht ersichtlich, worauf sich die Ermessensveranlagung stütze. Gegen seinen Vater seien Verlustscheine von Fr. 460 000.– ausgestellt worden. Allfällige Unterhaltsansprüche könnten gegen ihn nicht durchgesetzt werden. Das Erziehungsdepartement wies den Rekurs in diesem Punkt ab. Gegen den Rekursentscheid erhob M. Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. ... a) Im Streitfall wurden die Stipendien entsprechend den Vorschriften von Art. 15 ff. StipV und dem Anhang zur Verordnung ermittelt. Der Beschwerdeführer beanstandet denn auch nicht die Berechnung der Elternleistungen als solche, vielmehr ficht er grundsätzlich den Einbezug des Reineinkommens des Vaters an und macht geltend, dessen Leistungsfähigkeit sei unzutreffend ermittelt worden, und zudem sei sein Anspruch nicht durchsetzbar. Er hielt gegenüber dem Dienst für Finanzen und Stipendien fest, seit der Scheidung im Jahr 1993 hätten weder seine Mutter noch er oder seine Geschwister die im Urteil zugesprochenen Unterhaltsbeiträge erhalten. Der Kontakt zu seinem Vater sei vollständig abgebrochen und es sei ihm nicht bekannt, wo dieser wohne, arbeite und wie es finanziell um ihn stehe. Seine Mutter komme seit Jahren alleine für seinen Lebensunterhalt auf; sein Vater habe sich nie finanziell daran beteiligt.

b) Die Vorinstanz erwog, es würden durch kantonales öffentliches Recht abstrakt festgelegte zumutbare Leistungen der Eltern angerechnet, nicht deren effektiv erbrachte oder zivilrechtlich geschuldete Unterstützung. Es sei nicht von Belang, ob im Einzelfall zwischen dem Gesuchsteller und dem Elternteil eine über das blosse Bestehen eines Kindesverhältnisses hinausgehende persönliche Beziehung bestehe. Das Gesetz stelle auf die Leistungsfähigkeit der Eltern ab, nicht auf die Leistungspflicht. Der Ordnungsgeber habe daher mit guten Gründen von der Überlegung ausgehen dürfen, dass der Staat nicht Stipendien zur Kompensation nicht

klagbarer bzw. nicht einbringlicher zivilrechtlicher Ansprüche von Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern einsetzen solle. Die private Willkür der Eltern habe nicht der Staat zu vertreten.

c) Der Vater des Beschwerdeführers wurde für 2003 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 33 600.– und ohne steuerbares Vermögen veranlagt. Dieser Einschätzung liegen ermessensweise festgelegte Einkünfte von Fr. 36 000.– aus selbständiger Erwerbstätigkeit zugrunde. In der Veranlagungsberechnung ist vermerkt, die Einkünfte hätten mangels zuverlässiger Unterlagen nicht einwandfrei ermittelt werden können.

Gemäss Betreuungsauszug wurden in den Jahren 2000 bis 2004 gegen den Vater vier Verlustscheine im Betrag von insgesamt Fr. 464 083.15 ausgestellt. Weiter ist eine Konkursöffnung am 8. März 2004 vermerkt. ...

d) In Art. 15 ff. StipV sind Regeln für die konkrete Ermittlung der Stipendien statuiert. Wie erwähnt ist nach Art. 9 Abs. 1 StipG auf die finanziellen und familiären Verhältnisse des Empfängers und seiner Eltern Rücksicht zu nehmen. Die finanziellen Verhältnisse werden auf der Grundlage der rechtskräftigen Veranlagung für die Einkommens- und Vermögenssteuer ermittelt. Der Verordnungsgeber durfte davon ausgehen, dass im Regelfall das Reineinkommen ein zweckmässiger und tauglicher Massstab für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern ist. Die Verordnung enthält keine Ausnahmebestimmungen. Immerhin bestimmt Art. 25 Abs. 3 StipV, dass das Reineinkommen wenigstens dem Aufwand der daraus lebenden Personen entspricht. Damit kann in Ausnahmefällen vom Reineinkommen gemäss Steuerveranlagung abgewichen werden, etwa dann, wenn jemand seinen Lebensaufwand weitgehend aus steuerfreien Einkünften bestreitet. In Art. 9 Abs. 2 StipG wird zudem festgehalten, dass in aussergewöhnlichen Fällen Stipendien- und Studendarlehen gewährt werden, welche die Höchstansätze übersteigen. Sowohl der Gesetzgeber als auch der Verordnungsgeber gingen also davon aus, dass in besonderen Fällen die Bemessung der Stipendien nach den ordentlichen Regeln bzw. nach Massgabe des Reineinkommens gemäss Steuerveranlagung zu einem unsachgemässen und ungerechtfertigten Ergebnis führen kann.

Solche besonderen Verhältnisse sind im vorliegenden Fall gegeben. Das Reineinkommen des Vaters wurde zwar rechtskräftig festgelegt. Es ist aber nicht aussergewöhnlich, dass bei einer Missachtung der Mitwirkungspflichten im Veranlagungsverfahren in einer Ermessensveranlagung unter Umständen Steuerfaktoren festgelegt werden, welche materiell mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmen. Wie es sich im vorliegenden Fall verhält, kann offen bleiben. Offen bleiben kann insbesondere auch, ob das Reineinkommen steuerrechtlich zutreffend festgelegt worden ist. ...

Ungeachtet der Höhe der rechtskräftigen Steuerveranlagung ist aufgrund des Betreuungsauszuges und der unbestrittenen Angaben des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass dieser von seinem Vater keine Unterhaltsbeiträge erlangen kann. Im allgemeinen steht es nicht im Belieben eines Gesuchstellers, von leis-

tungspflichtigen Elternteilen Unterhalt zu verlangen oder nicht. Nötigenfalls ist Unterhalt auch klageweise durchzusetzen (GVP 1997 Nr. 4). Wenn aber offenkundig ist, dass eine klageweise Durchsetzung von Unterhalt erfolglos sein wird, so ist dies bei der Festlegung der finanziellen Verhältnisse zu berücksichtigen. Das Abstellen auf das Reineinkommen liefert im Regelfall taugliche Entscheidungs- und Bemessungsgrundlagen. Ist von einem an sich leistungspflichtigen Elternteil aufgrund der desolaten finanziellen Verhältnisse aber keine Leistung zu erwarten bzw. eine Durchsetzung von Ansprüchen aussichtslos, so steht es mit Art. 9 Abs. 1 StipG im Widerspruch, für die Bemessung der Stipendien auf das entsprechende Reineinkommen abzustellen. Wohl wird, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, die Elternleistung abstrakt angerechnet, das heisst unabhängig vom Unterstützungswillen oder von der faktisch gewährten Unterstützung der Eltern (vgl. ABI 2001, S. 73). Verfassung und Gesetz stellen denn auch auf die Leistungsfähigkeit bzw. die Zumutbarkeit von Leistungen ab. Immerhin verlangt das Gesetz auch eine Berücksichtigung der finanziellen und familiären Verhältnisse. Damit sind die konkreten, in der Person des Gesuchstellers und seiner Eltern liegenden Verhältnisse gemeint. Dies verbietet es, einen Bewerber, dessen Vater offensichtlich zahlungsunfähig ist, gleich zu behandeln wie einen Bewerber, dessen Eltern ihre Unterhaltspflichten erfüllen könnten. Würden derart unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt, so würde dies dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 der BV welches auch die unterschiedliche Behandlung tatsächlich verschiedener Situationen gebietet (vgl. statt vieler BGE 129 I 125 und 357), zuwiderlaufen.

Der Begriff der Zumutbarkeit in Art. 1 StipG steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Diese Bestimmung hält fest, dass Stipendien und Studiendarlehen gewährt werden, soweit dem Gesuchsteller bzw. dessen Eltern die vollen Kosten der Ausbildung nicht zumutbar sind. Die Zumutbarkeit wird also in erster Linie als quantitatives Kriterium herangezogen. Unter dem Titel der Zumutbarkeit kann aber nicht einer Person eine höhere als die effektiv vorhandene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zugeschrieben werden.

Damit verletzt im vorliegenden Fall die Ermittlung des anrechenbaren Elternbeitrags gemäss Art. 25 StipV die übergeordneten Bestimmungen von Art. 3 lit. c KV und Art. 1 Abs. 1 StipG. Aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Vaters ist dessen Reineinkommen bei der Stipendienermittlung ausser acht zu lassen.

Unerheblich ist im übrigen das Argument der Vorinstanz, es könne aufgrund der Rechtslage bei der Stipendienermittlung vorkommen, dass Bewerber eine Ausbildung nur mit Hilfe von Studiendarlehen oder Unterstützungsbeiträgen Dritter absolvieren könnten, weil ihre Eltern die Unterstützung versagten und ein Stipendium infolge der finanziellen Verhältnisse der Eltern nicht erhältlich sei. Die private Willkür der Eltern habe nicht der Staat zu vertreten. Entscheidend ist, dass der Vater objektiv zahlungsunfähig ist und dies nach der gesetzlichen Ordnung im Rahmen der finanziellen Verhältnisse des Bewerbers und dessen Eltern zu berücksichtigen ist. Es liegt ein Ausnahmefall vor, der anders gelagert ist als die vom Verwaltungsgericht

beurteilten Fälle B 2005/79 vom 13. September 2005 i. S. S. und GVP 1997 Nr. 4. Bei diesen wurde dem Gesuchsteller zugemutet, gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil Klage zu erheben, wobei kein Grund zur Annahme bestand, der Anspruch liesse sich damit nicht durchsetzen.

## 9

*Art. 117 und 123 VSG (sGS 213.1).* Die Bewilligung von privatem Einzelunterricht ist eine Polizeibewilligung, auf deren Erteilung Anspruch besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. An das Kriterium der Gewährleistung der Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit dürfen hohe Anforderungen gestellt werden.

*Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2005*

Die Eheleute K. ersuchten beim Erziehungsrat des Kantons St.Gallen um eine Bewilligung zum Selbstunterricht ihrer Kinder. Sie haben drei eigene Kinder sowie ein Pflegekind. Sie begründeten ihr Gesuch im wesentlichen mit der Freude an der Bildung sowie an der alltäglichen Verbindung von Leben und Lernen resp. Handeln und Lernen. Sie möchten der künstlichen Trennung dieser beiden existentiellen Grundpfeiler entgegenwirken. Der Ehemann ist ausgebildeter Sekundar- und Reallehrer, je mit sprachlich-historischem Schwerpunkt, und unterrichtet teilzeitlich an einer Berufsschule. Die Ehefrau ist Sozialpädagogin FH und bildet in ihrem Haushalt eine Haushalttochter aus. Das Ehepaar bietet zudem Platz und Betreuung für zwei Kinder oder Jugendliche in Krisen- und Notsituationen. Der Erziehungsrat wies das Gesuch ab. Er begründete dies damit, privater Einzelunterricht rücke die intellektuelle Förderung in den Vordergrund, während die soziale Enkulturation vernachlässigt würde, dies insbesondere, wenn die eigenen Eltern, unabhängig ihrer fachlichen Qualifikationen, den Unterricht erteilten. Eine solche Unterrichtssituation erschwere die Ablösung vom Elternhaus und die Einbindung in die Gesellschaft. Die von den Gesuchstellern vorgebrachten Massnahmen zur kompensatorischen Sozialisierung seien ungenügend. Die Gesuchsteller erhoben Beschwerde, welche vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Art. 19 BV statuiert den grundrechtlichen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Grundsätzlich besteht der Anspruch nur auf Bildung an Schulen, d. h. im Klassenverband (R. Kägi-Diener, in: St.Galler Kommentar, Zürich 2002, N 15 zu Art. 19 BV). Die Konturen dieses Anspruchs werden durch Art. 62 BV konkretisiert, welcher in Abs. 1 die sich bereits aus Art. 3 BV ergebende

Kompetenz der Kantone im Schulwesen bekräftigt (Schmid/Schott, in: St.Galler Kommentar, N 5 zu Art. 62 BV). Art. 62 Abs. 2 BV verpflichtet die Kantone, einen ausreichenden Grundschulunterricht bereitzustellen. Diese Pflicht korrespondiert mit dem Obligatorium des Schulbesuchs für das Kind, hingegen kennt die Bundesverfassung keine Verpflichtung, eine staatliche Schule zu besuchen (Schmid/Schott, a. a. O., N 22 ff. zu Art. 62 BV). Weder die Bundesverfassung noch die übrige Bundesgesetzgebung konkretisieren den Begriff des ausreichenden Grundschulunterrichts (Schmid/Schott, a. a. O., N 19 zu Art. 62 BV).

Die Verfassung des Kantons St.Gallen vom 16. November 1890 (nGS 25–61) sah in Art. 3 Abs. 4 vor, dass die Freiheit des Privatunterrichts unter Vorbehalt gesetzlicher Bestimmungen gewährleistet sei. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch auf privaten Einzelunterricht wurde insofern abgeschwächt, als er in der neuen Verfassung vom 10. Juni 2001 keinen Niederschlag mehr findet. Die neue Verfassung wiederholt in Art. 2 Abs. 1 lit. m KV den grundrechtlichen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht und gewährleistet durch Art. 3 Abs. 1 lit. a das Recht, Privatschulen zu gründen und zu führen sowie zu besuchen. Das kantonale Verfassungsrecht statuiert damit ein kantonales, selbständiges Grundrecht auf Errichtung, Führung und Besuch privater Schulen. Konkretisiert wird dieser Anspruch in den Art. 115–124 VSG.

Art. 116 VSG enthält den Grundsatz der Bewilligungspflicht zur Errichtung und Führung einer Privatschule; Art. 117 VSG umschreibt die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung. Demnach wird die Bewilligung erteilt, wenn Schulleitung, fachliche Führung, Organisation und Schulräumlichkeiten einen der öffentlichen Schule gleichwertigen, auf Dauer angelegten Unterricht gewährleisten (Abs. 1 lit. a) sowie die obligatorischen Unterrichtsbereiche der öffentlichen Schule unterrichtet werden (Abs. 1 lit. b). Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass ein Anspruch auf die Erteilung der Bewilligung besteht, wenn die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind; es handelt sich mithin um eine Polizeibewilligung (vgl. BVR 1979 S. 305 f.). Auch wenn der Erziehungsrat die Erteilung der Bewilligung mit Auflagen verbinden kann (Art. 117 Abs. 2 VSG), liegt die Entscheidung darüber, ob die Erlaubnis erteilt wird oder nicht, folglich nicht in seinem Ermessen (vgl. Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rz. 2534).

Gemäss Art. 123 Abs. 1 VSG werden die Vorschriften über die Privatschulen für den privaten Einzelunterricht sachgemäss angewendet. Der Erziehungsrat erteilt die Bewilligung, wenn zudem die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit sichergestellt ist (Art. 123 Abs. 2 VSG). Entsprechend der Formulierung handelt es sich auch hier um eine Polizeibewilligung, d. h. die Bewerber haben einen Anspruch auf Bewilligungserteilung, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. In diesem Sinn ist die Aussage im vorinstanzlichen Entscheid zu relativieren, wonach privater Einzelunterricht nur in absoluten Ausnahmefällen, in welchen insbesondere eine Integration in einen Klassenverband aus objektiven Gründen nicht möglich ist, zu gewähren sei. Sachgemässe Rechtsanwendung, wie sie Art. 123 Abs. 1 VSG in

bezug auf Art. 115 ff. VSG vorschreibt, bedeutet, dass die Voraussetzungen von Art. 117 VSG nicht unbesehen übernommen werden können. Vielmehr haben die Beschwerdeführer darzulegen, dass ihr Gesuch den nämlichen Voraussetzungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelunterrichts zu genügen vermag (vgl. GVP 1981 Nr. 25).

b) Für die Abweisung des Gesuchs entscheidend erachtete die Vorinstanz das Kriterium der Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit gemäss Art. 123 Abs. 2 VSG. Sie erwog, dass privater Einzelunterricht die Sozialisierung in der Regel nicht zu gewährleisten vermöge; dies insbesondere dann nicht, wenn die eigenen Eltern, unabhängig ihrer fachlichen Qualifikation, den Unterricht erteilen würden. Eine solche Unterrichtssituation erschwere die Ablösung vom Elternhaus und die Einbindung in die Gesellschaft.

Die Beschwerdeführer bringen dagegen vor, dass der Staat resp. die Volksschule die Eltern in der Erziehung des Kindes zu einem lebensbejahenden, tüchtigen und gemeinschaftsfähigen Menschen gemäss Art. 3 VSG lediglich zu unterstützen habe. Im Kanton St.Gallen bestehe keine Schul-, sondern lediglich eine Bildungs- resp. Unterrichtspflicht. Die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit werde vorliegend durch Kontakte zu Geschwistern, zur Haushaltlerthochter, zu Pflege- und Time-out-Kindern sowie Kindern im Quartier sichergestellt.

c) Wie vorstehend ausgeführt, setzt die Bewilligung zum privaten Einzelunterricht voraus, dass die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit sichergestellt ist (Art. 123 Abs. 2 VSG). Das Kriterium der Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit war ursprünglich im VSG nicht vorgesehen. Der Erziehungsrat stellte jedoch in zunehmendem Mass fest, dass Gesuche um privaten Einzelunterricht gestellt wurden, um Kinder von den Einflüssen anderer Schulkinder fernzuhalten. Da aber eine völlige Isolierung im Rahmen des privaten Einzelunterrichts nicht im Interesse des Kindes liegt und der Formulierung des Erziehungs- und Bildungsauftrages gemäss Art. 3 VSG widerspricht, wurde Art. 123 Abs. 2 durch das II. NG zum VSG vom 22. Juni 1995 dahingehend ergänzt, dass auch bei privatem Einzelunterricht die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit sichergestellt ist (ABI 1994, S. 1673 f.).

Die Einschätzung des Gesetzgebers, wonach beim Einzelunterricht die Gefahr der Isolierung der Kinder besteht, ist sachlich begründet und nachvollziehbar. Die Erziehung der Kinder zu gemeinschaftsfähigen Menschen ist ein zentrales Anliegen des schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrags (Art. 3 VSG). Um dieses Anliegen sicherstellen zu können, ist namentlich der Kontakt mit gleichaltrigen Kindern von besonderer Bedeutung (vgl. GVP 1971 Nr. 60 S. 155). Dieser Kontakt ist beim Einzelunterricht nicht gewährleistet, weshalb die Gefahr besteht, dass die Vermittlung sozialer Kompetenzen nicht oder nur ungenügend umgesetzt wird (H. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 164; vgl. ferner Kägi-Diener, a. a. O., N 15 zu Art. 19). Dieser Gefahr muss mit geeigneten Massnahmen begegnet werden, welche die integrative Funktion des Unterrichts im Klassenverband zu ersetzen vermögen. Dabei ist davon auszugehen, dass allein die Teilnahme an Frei-

zeitaktivitäten zusammen mit anderen Kindern nicht genügt, um den Anforderungen von Art. 123 Abs. 2 VSG gerecht zu werden. Diese Aktivitäten sind anders als der Schulunterricht freiwilliger Natur und selbst gewählt. Sie stellen nicht die gleichen Anforderungen an soziale Fähigkeiten wie Rücksichtnahme und Toleranz, wie dies der obligatorische Unterricht im Klassenverband tut. Die Hinweise der Beschwerdeführer auf Studien aus dem angelsächsischen Raum, wonach zu Hause unterrichtete Kinder in ihrer Freizeit überdurchschnittlich häufig ehrenamtlich tätig seien, gehen deshalb an der Sache vorbei. Hinzu kommt, dass der Einzelunterricht als ungewöhnliche Schulalternative bei anderen Eltern und Kindern häufig auf Unverständnis stossen wird. So wird denn auch in einem Erfahrungsbericht im von den Beschwerdeführern eingereichten Bildungsbrevier des Vereins «Bildung zu Hause» ausgeführt, dass Rückzug, Verslossenheit und Ablehnung die üblichen Reaktionen auf den häuslichen Unterricht gewesen seien. Es bestehe die Gefahr, dass Nachbarschaftskontakte zu kurz kämen. Dies zeigt, dass der Einzelunterricht unter Umständen auch ausserschulische Kontakte der betroffenen Kinder erschwert.

Das Gesagte führt dazu, dass die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit im Sinne von Art. 123 Abs. 2 VSG nicht nur durch eine entsprechende Freizeitgestaltung, sondern zusätzlich auch durch spezifische Massnahmen und Vorkehren der Unterrichtsgestaltung sichergestellt werden muss. Es ist zutreffend, dass diese Anforderungen nicht leicht zu erfüllen sind, zumal sich Einzelunterricht und Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit zumindest ein Stück weit ausschliessen. Indes ist es mit Blick auf die Wichtigkeit dieses erzieherischen Anliegens sowohl für das Kind als auch für die Gesellschaft ohne weiteres gerechtfertigt, hohe Anforderungen zu stellen.

d) Zu prüfen ist im folgenden, ob das Vorhaben der Beschwerdeführer die Anforderungen an die Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit im Sinne von Art. 123 Abs. 2 VSG erfüllt. Dabei fällt in Betracht, dass die Gemeinschaftsfähigkeit entsprechend den Angaben der Beschwerdeführer ausschliesslich durch Kontakte innerhalb der Familie und in der Freizeit sichergestellt werden soll. Diese Kontakte gehen nicht über das hinaus, was auch Kinder, welche die öffentliche Schule besuchen, üblicherweise neben dem Zusammensein mit gleichaltrigen Kindern im Klassenverband an sozialen Kontakten erfahren. Hinzu kommt, dass der Unterricht hauptsächlich durch die Beschwerdeführer, d. h. die Eltern, erteilt werden soll; es fehlt dem Vorhaben mithin auch an einer intensiveren Auseinandersetzung mit aussenstehenden Erwachsenen, wie dies beim Unterricht im Klassenverband durch den Kontakt mit den Lehrern der Fall ist. Zusätzliche Massnahmen der Unterrichtsgestaltung, welche eine Gleichwertigkeit der Erziehung zur Gemeinschaftsfähigkeit gewährleisten würden, sind nicht vorgesehen. Unter diesen Umständen ist ein Ersatz der integrativen Funktion des Unterrichts im Klassenverband nicht gewährleistet, und das Vorhaben der Beschwerdeführer genügt den Anforderungen von Art. 123 Abs. 2 VSG nicht. Die Bewilligung zum privaten Einzelunterricht wurde vom Erziehungsrat somit zu Recht verweigert.

## 5. Gesundheit, Arbeit und Soziales

---

### 10

*Art. 27 ATSG (SR 830.1); Art. 14 Abs. 2 letzter Satz AVIG (SR 837.0).* Meldet sich eine versicherte Person nach der eheschutzrechtlichen Trennung beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Stellenvermittlung an, hat die Personalberaterin des RAV die Pflicht, sie über einen möglichen Taggeldanspruch zufolge Beitragsbefreiung aufzuklären.

*Versicherungsgericht, 12. Juli 2005*

2. a) Nach Art. 27 Abs. 1 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Nach Art. 27 Abs. 2 ATSG hat jede Person Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Wird die Beratungspflicht nicht oder nur ungenügend wahrgenommen, kommt dies einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich; der Versicherungsträger hat dafür in Nachachtung des Vertrauensprinzips einzustehen (Üli Kieser, ATSG-Kommentar, Rz 17 zu Art. 27 ATSG mit Hinweis auf BGE 112 V 124 und 121 V 34 f.). Aus dem in Art. 8 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben folgt unter anderem, dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Recht suchenden Person gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist eine falsche Auskunft bindend, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die versicherte Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, wenn die versicherte Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 E. 3a, 126 II 327 E. 3a; zu Art. 4 Abs. 1 altBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 E. 2a mit Hinweisen).

b) Die Beschwerdeführerin hat sich eineinhalb Monate nach der Trennung von ihrem Ehemann an das RAV gewandt und sich dort betreffend Stellensuche beraten lassen. Wie sich dem Eheschutzentscheid vom 8. September 2003 entnehmen lässt, betrug der Lebensbedarf der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Kinder Fr. 3920.– je Monat, die effektiv zugesprochenen Alimente beliefen sich jedoch nur auf Fr. 2840.–, da dem Ehemann das Existenzminimum belassen wurde. Der un-



mittelbare Zusammenhang zwischen der Trennung und der Stellensuche ist somit im vorliegenden Fall offensichtlich. Es steht fest, dass die Beschwerdeführerin im November 2003 keinen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt hat. Dabei erscheint glaubhaft, dass sie selbst nicht wusste, dass sie zu diesem Zeitpunkt aufgrund ihrer Trennung anspruchsberechtigt war. Es stellt sich damit die Frage, ob die Personalberaterin des RAV anlässlich des Beratungsgesprächs vom 10. November 2003 begründeten Anlass gehabt hätte, die Beschwerdeführerin auf diesen Beitragsbefreiungsgrund hinzuweisen.

c) Im konkreten Fall ist diese Frage aus folgenden Gründen zu bejahen: Das Beratungsgespräch vom 10. November 2003 fand kurze Zeit nach der Trennung der Beschwerdeführerin statt. Dass die Anmeldung zur Stellenvermittlung in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Trennung stand, war der Personalberaterin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bekannt. So ist im anlässlich dieses Beratungsgesprächs abgegebenen Lebenslauf der Beschwerdeführerin als Zivilstand «getrennt seit 22. September 2003» erwähnt. Zudem erscheint naheliegend, dass sich die Beschwerdeführerin anlässlich dieses Gesprächs über ihre Motivation für die Stellensuche geäußert hat. Eine Aufklärung der Beschwerdeführerin durch die Personalberaterin, dass sie aufgrund dieser Trennung auch beitragsbefreit wäre und entsprechend Antrag auf Arbeitslosenentschädigung stellen könnte, so lange die Trennung nicht mehr als ein Jahr zurückliegt, hätte sich daher geradezu aufgedrängt. Daran ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführerin am 3. November 2003 auf dem Sekretariat des RAV nur zur Stellenvermittlung angemeldet hat. Unterschriftlich bestätigt hat die Beschwerdeführerin jedenfalls am 3. November 2003 nur, die Anmeldeunterlagen, den Beratungstermin und die Anmeldebestätigung erhalten zu haben. Zwar trägt dieses unterzeichnete Formular des RAV oben rechts auch den handschriftlichen Vermerk «NzStv», dabei handelt es sich jedoch um einen verwaltungsinternen Kürzel, dessen Inhalt die Beschwerdeführerin nicht kennen musste und den sie folglich mit ihrer Unterschrift auch nicht bestätigt hat. Aus der Anmeldung der Beschwerdeführerin zur Stellenvermittlung kann jedenfalls nicht geschlossen werden, die Beschwerdeführerin habe bewusst auf einen allfälligen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verzichtet. Aufgrund der gesamten Umstände ist somit im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Personalberaterin des RAV anlässlich des Beratungsgesprächs vom 10. November 2003 begründeten Anlass gehabt hätte, die Beschwerdeführerin auf ihren möglichen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zufolge Beitragsbefreiung wegen Trennung hinzuweisen. Indem die Personalberaterin die Beschwerdeführerin über diesen Befreiungsgrund von der Beitragspflicht nicht informiert hat, hat sie ihre Aufklärungspflicht gemäss Art. 27 ATSG verletzt. Die Beschwerdeführerin ist daher so zu stellen, wie wenn ihr am 10. November 2003 bezüglich ihrer Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung eine falsche Auskunft erteilt worden wäre. Dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Arbeitslosenentschädigung erst am 19. Oktober 2004 und damit knapp einen Monat nach Ablauf der gemäss

Art. 14 Abs. 2 letzter Satz AVIG geltenden einjährigen Frist eingereicht hat, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf diese Verletzung der Aufklärungspflicht zurückzuführen. Aus dieser verspäteten Einreichung des Antrages auf Arbeitslosenentschädigung darf der Beschwerdeführerin daher gestützt auf den Vertrauensgrundsatz kein Rechtsnachteil entstehen. Für die Rahmenfrist ab 19. Oktober 2004 ist folglich die Beschwerdeführerin von der Erfüllung der Beitragszeit zufolge Trennung befreit, obwohl diese Trennung im Zeitpunkt der Antragsstellung schon mehr als ein Jahr zurück lag.

## 11

*Art. 28 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 3 lit. b IVG (SR 831.20); Art. 16 ATSG (SR 830.1).* Ein «Invaliditätsgrad», einzig resultierend aus einem «leidensbedingten» Abzug, kann nicht in Frage kommen, wo eine volle Arbeitsfähigkeit in einem Verweisungsberuf feststeht. Invalidität setzt eine reale Arbeitsunfähigkeit voraus. Fehlt es daran, ist im Prinzip gar kein Einkommensvergleich zur Ermittlung des Invaliditätsgrades vorzunehmen. Einem Hilfsarbeiter sind normalerweise keine beruflichen Massnahmen in Form einer Umschulung zu gewähren. Nimmt ein Versicherter keine ihm aus ärztlicher Sicht zumutbare Erwerbstätigkeit auf, so ist für die Bestimmung des massgebenden Invalideneinkommens (Einkommen mit Invalidität) auf die vom Bundesamt für Statistik ermittelte Lohnstrukturerhebung abzustellen. Vorgehen, wenn dieses Invalideneinkommen höher als das Valideneinkommen (Einkünfte ohne Invalidität; entspricht in der Regel dem beim letzten Arbeitgeber bezogenen Lohn) zu liegen kommt.

*Versicherungsgericht, 16. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

1. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als invalid im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist. Unter Invalidität wird die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit verstanden (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist dabei der durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG). Mit dieser Umschreibung wird direkt an die bisherige Gesetzgebung angelehnt (Kieser, ATSG-Kommentar, Rz 5a zur Art. 8, S. 107; vgl. auch BGE 130 V 343). Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers kommt für

die Beurteilung der Einsatzmöglichkeiten nicht der reale, sondern eben der (hypothetische) ausgeglichene Arbeitsmarkt zum Zuge, der ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften umfasst, einen Fächer verschiedenartiger Tätigkeiten aufweist, und zwar bezüglich der dafür verlangten beruflichen und intellektuellen Voraussetzungen wie auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes. Letzteres gilt auch im Bereiche der un- und angelernten Arbeitnehmer. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass in Industrie und Gewerbe Arbeiten, welche physische Kraft verlangen, seit Jahren und in ständig zunehmendem Masse durch Maschinen verrichtet werden, während den Überwachungsfunktionen – wie auch im Dienstleistungsbereich – grosse und wachsende Bedeutung zukommt (Pr 80 Nr. 170, 752). Diese altrechtliche Rechtsprechung findet im Bereiche des ATSG vollumfänglich und unverändert Anwendung (BGE 130 V 343).

2. a) Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die Versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen) in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Diese Formulierung ist praktisch identisch mit Art. 28 Abs. 2 aIVG, weshalb die unter dieser Norm ergangene Rechtsprechung auch im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt. Der ATSG selber legt keinen bestimmten Mindestgrad der Invalidität fest, der Anspruch auf eine Geldleistung geben könnte, weshalb auf Einzelgesetze (so weit durch den ATSG nicht aufgehoben) abzustellen ist (Kieser, a. a. O., Rz 5 zu Art. 16 ATSG, S. 155). Dies gilt insbesondere für Art. 28 Abs. 1 IVG. Ist der Versicherte mindestens zu 40 Prozent invalid, so hat er Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung. Bei einer Invalidität von mindestens 50 Prozent besteht Anspruch auf eine halbe Rente, bei mindestens zwei Drittel auf eine ganze Rente. Ab 1. Januar 2004 hat der Versicherte neu (im Zuge der 4. IVG-Revision) bei einem Invaliditätsgrad von 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und erst ab einem IV-Grad von 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente. Gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG entsteht der Rentenanspruch nach Art. 28 IVG frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte mindestens zu 40 Prozent bleibend erwerbsunfähig (vgl. Art. 7 ATSG) geworden ist (lit. a), oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40 Prozent arbeitsunfähig (vgl. Art. 6 ATSG) gewesen war (lit. b). Allgemein ist davon auszugehen, dass, wer nicht mindestens teilweise arbeitsunfähig ist, auch nicht erwerbsunfähig und mithin nicht invalid sein kann (ZAK 1983, 445; ZAK 1985, 223). Letztlich ist aber zur Bestimmung des Invaliditätsgrades nicht die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsunfähigkeit massgebend, sondern einzig die erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens auf dem dem Versicherten offenstehenden allgemeinen, ausgeglichenen Arbeitsmarkt (RKUV 1996, 34).

b) Gemäss Fragebogen für den Arbeitgeber (IV-act.13) betrug das jährliche Einkommen des Beschwerdeführers als Gartenbauhilfsarbeiter im Jahre 1999 Fr. 37 268.–. Hochgerechnet auf das Jahr 2003 ergibt sich ein Nominallohn (für den Sektor Gartenbau) von Fr. 40 126.– (37 268.– dividiert durch  $106.9 \times 115.1$ ; vgl. Lohnentwicklung 2003 Tabelle T 1.93 S.36), angepasst auf die Lohnentwicklung bis ins Jahr 2004 (0.9 Prozent) resultiert somit ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 40 487.–. Nimmt, wie im vorliegenden Fall, der Versicherte keine ihm zumutbare Tätigkeit nach Eintritt des Gesundheitsschadens mehr auf, so ist für die Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens auf die Lohnerhebungen des Bundesamtes für Statistik abzustellen (BGE 126 V 75 Erw. 3b). Da der Beschwerdeführer gemäss den Experten des ABI jede leichte Hilfsarbeitertätigkeit aufnehmen kann, ist für die Bestimmungen des zumutbaren Invalideneinkommens auf den Gesamtdurchschnitt der Einkünfte nach Tabelle TA1 der Lohnstrukturerhebungen 2002 abzustellen, der sich für leichte, einfache Arbeiten auf Fr. 4540.– belief. Umgerechnet auf das Jahr 2004 resultiert daraus ein monatliches Einkommen von Fr. 4642.– (Fr. 4540.– dividiert durch  $111.3 \times [113.1 + 0.9]$ ). Da diese Werte auf einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden beruhen, sind sie noch auf die letzte bekannte durchschnittliche Arbeitszeit von 41.5 Wochenstunden anzupassen, woraus sich ein Monatslohn von Fr. 4816.– oder ein Jahresgehalt von Fr. 57 792.– errechnet. Dies liegt erheblich höher das mögliche Valideneinkommen beim früheren Arbeitgeber.

c) Sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommen begnügen wollte, als er hätte erzielen können, und ist weiter anzunehmen, dass er angesichts seiner ungenügenden Qualifikation nicht Einkünfte in der Höhe der erhobenen Durchschnittslöhne gemäss LSE erreichen könnte, kann – bei einer deutlichen Abweichung – dieser Durchschnittswert gemäss Rechtsprechung um den Prozentsatz gekürzt werden, um welchen der vom Beschwerdeführer vor Eintritt des Gesundheitsschadens erzielte Lohn unter dem durchschnittlich ausgerichteten Lohn lag. Wird nämlich bei der Bestimmung des hypothetischen Einkommens ohne Invalidität – wie vorliegend der Fall – auf Lohnangaben einer Arbeitgeberfirma abgestellt (für das Valideneinkommen), welche die ungenügende Qualifikation eines Angestellten bei der Entlohnungsfrage anrechnet, was sich in einem deutlich unter den branchenüblichen Ansätzen liegenden Gehalt niederschlug, sollten diese invaliditätsfremden Faktoren auch bei der Festlegung des zumutbaren Invalidenlohnes nicht ausser Acht gelassen werden. Nur dadurch wird der Grundsatz gewahrt, dass die Invalidenversicherung für die auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführenden Lohneinbussen nicht aufzukommen hat. Der ohne Gesundheitsschaden als Hilfsarbeiter beim früheren Arbeitgeber erzielte Lohn betrug Fr. 40 487.– und liegt somit um Fr. 17 305.– oder um gut 30 Prozent unter dem Durchschnittseinkommen gemäss LSE. Wird dann für die Festlegung des Invalideneinkommens mit Rücksicht auf die invaliditätsfremden Faktoren (unterdurchschnittliches Valideneinkommen)

der Durchschnittslohn um 30 Prozent gekürzt, so ergibt sich daraus ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 40 454.– (Fr. 57 792.– x 0.7; vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 1. März 2002 i.S. A. B.-B. [I 443/01]). Der aus dieser kleinen Einkommensdifferenz zu realisierende Invaliditätsgrad ist vernachlässigbar. Bei dieser Sachlage kann es für die Gewährung allfälliger Versicherungsleistungen der IV konsequenterweise nicht mehr darauf ankommen, ob ein «leidenbedingter Abzug» zugestanden werden müsste. Ein «Invaliditätsgrad», resultierend einzig aus einem «Leidensabzug», kann nicht in Frage kommen, wo volle Arbeitsfähigkeit in einem Verweisungsberuf feststeht. Invalidität setzt eine reale Arbeitsunfähigkeit voraus. Fehlt es daran, ist im Prinzip gar kein Einkommensvergleich vorzunehmen (vgl. auch Urteil des Versicherungsgerichts vom 2. Dezember 2004, IV 2004/65, E. 3i).

Hinsichtlich beruflicher Massnahmen (Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung und Berufsberatung) fällt eine erstmalige berufliche Ausbildung ausser Betracht, weil der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 16 IVG nicht erfüllt. Bezüglich der Umschulung gemäss Art. 17 IVG hat das Eidgenössische Versicherungsgericht festgehalten, dass auch bei Hilfskräften das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren sei. Das Gleichwertigkeitsprinzip als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zur Anwendung zu bringen, sei bei Hilfskräften von vorneherein nicht möglich. Dieses Erfordernis alleine schliesse einen Umschulungsanspruch eines Hilfsarbeiters aus. Mit der Finanzierung einer Berufslehre für einen Hilfsarbeiter wird aber auf jeden Fall ein Ungleichgewicht zur alten Tätigkeit hergestellt. Ein Anspruch auf eine höherwertige Ausbildung besteht ebenfalls nicht (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 2. Dezember 2004 i.S. S. N.-D. [IV 2004/65]). Gemäss Art. 18 Abs. 1 erster Halbsatz IVG haben eingliederungsfähige invalide Versicherte Anspruch auf aktive Unterstützung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes. Gemäss Auffassung der Experten des ABI ist der Beschwerdeführer für jegliche leichte Arbeitstätigkeit voll arbeitsfähig. Bei voller Arbeitsfähigkeit für eine leichte Tätigkeit ohne eine zusätzliche besondere Behinderung ist nun aber praxisgemäss der Invaliditätsbegriff im Sinne von Art. 18 Abs. 1 IVG nicht erfüllt. Deshalb besteht kein Anspruch auf Arbeitsvermittlung (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 15. Juli 2002 i.S. P.F.-U. [I 421/01]). Eine Berufsberatung im Rahmen von Art. 15 IVG ist dann nicht erforderlich, wenn es nur darum geht, eine geeignete Stelle als Hilfsarbeiter zu finden. Denn auf Grund des Charakters der Hilfsarbeit spielen weder die Fähigkeiten noch die beruflichen Neigungen eines Versicherten eine entscheidende Rolle (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 12. Februar 2004 i.S. J. R.-D.), weshalb auch unter diesem Titel keine Versicherungsleistungen geschuldet sind. Ganz abgesehen davon konnten auch die Experten des ABI keinerlei berufliche Massnahmen empfehlen. – Der angefochtene Einspracheentscheid ist mithin insgesamt nicht zu beanstanden.

**12**

*Art. 3 Abs. 1 UVG (SR 832.20).* Anknüpfungspunkt für den Beginn des Versicherungsschutzes ist nicht der im Arbeitsvertrag vereinbarte Antritt der Arbeit, sondern der Tag, an dem der Arbeitnehmer auf Grund der Anstellung die Arbeit effektiv antritt oder hätte antreten sollen, in jedem Fall aber im Zeitpunkt, da er sich auf den Weg zur Arbeit begibt.

*Versicherungsgericht, 20. Juni 2005*

Sachverhalt:

X war von der Y AG per 1. Dezember 2003 als Arbeitnehmer angestellt. Am 1. Dezember 2003, um 03.30 Uhr, verstarb die Mutter von X, weshalb dieser am frühen Morgen des 1. Dezember 2003 nach Hause reiste. Auf dem Wege dorthin ereignete sich ein Verkehrsunfall, in welchem X verschiedene Verletzungen erlitt. Die SUVA lehnte eine Übernahme der Behandlungskosten ab mit der Begründung, X habe am 1. Dezember 2003 die Arbeit nicht angetreten, weshalb kein Versicherungsschutz bestanden habe.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 UVG beginnt die Versicherung an dem Tag, an dem der Arbeitnehmer aufgrund der Anstellung die Arbeit antritt oder hätte antreten sollen, in jedem Falle aber im Zeitpunkt, da er sich auf den Weg zur Arbeit begibt. Diese Regelung stimmt, von kleineren redaktionellen Änderungen abgesehen, mit Art. 62 Abs. 1 des alten Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes (KUVG) überein, so dass die hiezu ergangene Judikatur und Literatur auch für das neue Recht gültig sind (BGE 118 V 178 E. 1a). Für den Beginn der Versicherung ist im Regelfall ein tatsächliches Ereignis (der «Arbeitsantritt») massgebend, nicht dagegen ein rein rechtliches Verhältnis («Anstellungsvertrag»). Der Zusatz zu Art. 3 Abs. 1 UVG («oder hätte angetreten werden sollen, in jedem Fall aber mit dem Antritt des Weges zur Arbeit») bildet im Verhältnis zur Grundregel des Versicherungsbeginns mit dem tatsächlichen Arbeitsantritt die Ausnahmeregelung (RKUV 1995 Nr. U 230 S. 198 E. 2a). Die Klausel «hätte antreten sollen» hat die Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer an jenem Tag die Arbeit tatsächlich nicht angetreten und sich auch nicht auf den Weg zur Arbeit begeben hat. Somit beginnt die Versicherung an jenem Tag bereits unmittelbar nach Mitternacht (Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. Aufl. Bern 1989, S. 141; Alexandra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Aufl. Zürich 2003, S. 10).

2. a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2003 weder auf den Arbeitsweg begeben noch die Arbeit bei der Tempo Reinigungen AG angetreten hat. Streitig ist einzig, ob der Beschwerde-

führer in Bezug auf den Unfall vom 1. Dezember 2003 gestützt auf die Ausnahmeregelung von Art. 3 Abs. 1 UVG unter dem Versicherungsschutz der Beschwerdegegnerin stand. Der Grund, weshalb der Beschwerdeführer die Arbeit am 1. Dezember 2003 nicht angetreten hat, lag darin, dass seine Mutter am frühen Morgen des besagten Tages, d. h. nach Mitternacht und vor dem Antritt des Arbeitswegs, gestorben und er deshalb nach Bosnien gereist ist. Der Unfall geschah auf der Reise dorthin, um 21.30 Uhr des 1. Dezember 2003. Die Beschwerdegegnerin verneint für diesen Sachverhalt einen Versicherungsschutz. Ein solcher hätte ihrer Auffassung nach nur bestanden, wenn der Beschwerdeführer zwischen Mitternacht und dem geplanten Antritt des Arbeitsweges am 1. Dezember 2003 einen Unfall erlitten hätte. Streitig ist mithin, unter welchen Umständen der Anknüpfungspunkt «hätte antreten sollen» beachtlich ist bzw. einen Versicherungsschutz entstehen lässt.

aa) Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) beurteilte am 4. November 1963 i. S. Rota die Rechtsfrage, ob ein Arbeitnehmer, der bei Beginn oder Wiederbeginn seines Arbeitsverhältnisses zuerst die Ferien bezieht anstatt tatsächlich die Arbeit anzutreten, während dieses Urlaubs versichert sei. Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Februar 2005 zutreffend darauf hin, dass die vorliegende Sachverhaltskonstellation grundsätzlich mit jener in EVGE 1963 S. 233 i. S. Rota vergleichbar sei. Der Beschwerdeführer trat die Arbeit am 1. Dezember wegen des Todesfalls einer nahen Familienangehörigen nicht an. Sowohl in diesem Fall als auch für den Fall von Ferien ist ein Arbeitnehmer rechtlich von der Arbeit suspendiert und besitzt einen Lohn(fort)zahlungsanspruch (vgl. Art. 324a des Obligationenrechts, OR, SR 220; Manfred Rehbinder, Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Aufl. Basel 2003, N 2 zu Art. 324a; Art. 329d OR).

bb) Laut oben genanntem Entscheid des EVG knüpft das Gesetz den Beginn der Versicherung im Regelfall an ein leicht feststellbares tatsächliches Ereignis. «Anstellung» und «Arbeitsantritt» würden in Art. 62 Abs. 1 KUVG keineswegs identifiziert, sondern scharf unterschieden. Für den Versicherungsbeginn sei der tatsächliche Arbeitsantritt massgebend, nicht dagegen ein rein rechtliches Verhältnis. Daran ändere im vorliegenden Fall auch der Zusatz des Art. 62 Abs. 1 KUVG nichts. Er ordne im Verhältnis zur Regel die Ausnahme und dürfe deshalb nicht über den Wortlaut hinaus extensiv ausgelegt werden. Der Wortlaut dieses Zusatzes verbiete es aber von vornherein, den Bezug von Ferien, die naturgemäss ja durch zurückliegende Arbeit verdient seien, mit dem Arbeitsantritt gleichzusetzen (EVGE 1963 S. 236 f. E. 4). Maurer teilt die Auffassung des EVG und erachtet die Ausnahmeregelung – obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich erwähne – nur als beachtlich, wenn der Arbeitnehmer den Weg zur Arbeit nicht habe antreten können, weil er zwischen Mitternacht und dem geplanten Antritt des Arbeitsweges verunfallt sei. Wenn er aber den Arbeitsweg aus andern Gründen nicht angetreten habe, z. B. weil er krank gewesen sei oder gar habe «blau» machen wollen, dann sei er an

jenem Tag noch nicht versichert. Somit sei als einziger Grund dafür, dass er den Arbeitsweg nicht angetreten und die Arbeit nicht aufgenommen habe, ein Unfall zuzulassen. Nur ein Unfall lasse den Versicherungsschutz schon vor Antritt des Arbeitswegs entstehen (Maurer, a. a. O., S. 141).

cc) In der Lehre (Jean-Louis Duc, *Début de l'assurance-accidents obligatoire*, in: SZS 34/1990 S. 233 ff.) sowie von der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers wird gegen die zitierte EVG-Rechtsprechung eingewendet, diese widerspreche dem klaren Gesetzeswortlaut. Die Auslegung des EVG von Art. 62 Abs. 1 KUVG habe zur Konsequenz, dass eine Versicherungslücke entstehe, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Stellenwechsel aus unfallfremden Gründen die Arbeit nicht antrete, daraufhin aber einen Unfall erleide. Diese Konsequenz sei vom Gesetzgeber gewiss nicht gewollt. Sicher würde im Regelfall das Ende des Versicherungsschutzes mit dem Arbeitsbeginn zusammenfallen. Werde jedoch von einer derartigen Tatsache abgesehen, müsste der Versicherungsschutz von einer Rechtsbehandlung abhängig gemacht werden, indem für den Beginn des Versicherungsschutzes vom Datum gemäss Arbeitsvertrag, an welchem die Arbeit hätte begonnen werden müssen, auszugehen wäre.

c) aa) Allgemein ist festzuhalten, dass Ausnahmebestimmungen nach Lehre und Rechtsprechung weder extensiv noch restriktiv auszulegen sind, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der allgemeinen Regelung, insbesondere unter gehöriger Beachtung der Schutzrichtung der sozialen Unfallversicherung (RKUV 1995 Nr. U 230 S. 198 f.; BGE 118 V 179 E. 1a). Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das EVG entsprechend dem Wortlaut der Grundregel von Art. 3 Abs. 1 UVG («die Arbeit antritt»; vgl. Erwägung Ziff. 2b/bb) auch in seinen neueren Entscheiden an der Rechtsprechung bezüglich tatsächlichem Arbeitsantritt festgehalten hat (BGE 118 V 177; RKUV 1995 Nr. U 230 S. 198; RKUV 1992 Nr. U 149 S. 158).

bb) Diese Auslegung der in Art. 3 Abs. 1 UVG enthaltenen Grundregel wird denn auch seitens der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers nicht bestritten. Geltend gemacht wird hingegen, der Wortlaut der Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 1 UVG sei klar bzw. lasse nur eine Auslegung zu. So beginne die Versicherung bei einem Nichtantritt der Arbeit in jedem Fall an dem Tag, an dem der Arbeitnehmer die Arbeit hätte antreten sollen, d. h. unabhängig davon, ob der Arbeitsantritt aus unfallfremden Gründen oder wegen eines Unfalls ausgeblieben sei. Nicht zu folgen sei demzufolge der Auslegung der Beschwerdegegnerin entsprechend dem EVG-Entscheid vom 4. November 1963, welche widersprüchlich sei. Dieser Sichtweise kann nicht zugestimmt werden. Von einer widersprüchlichen Auslegung könnte höchstens dann gesprochen werden, wenn sich die Auslegung des EVG nicht unter den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 UVG subsumieren liesse. Im gegebenen Fall stellt sich die Situation jedoch vielmehr so dar, dass die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers lediglich eine extensivere Auslegung des fraglichen Wortlauts fordert. Ausgehend allein vom Wortlaut der Ausnahmeregelung in Art. 3 Abs. 1 UVG, liesse sich der Sachverhalt des vorliegenden Falls grundsätzlich unter diese



subsumieren. Tatsächlich hätte der Beschwerdeführer die Arbeit bei der AG am 1. Dezember 2003 antreten sollen. Wie bereits erwähnt, ist jedoch für die Auslegung der Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 1 UVG die ratio legis der darin ebenfalls enthaltenen Grundregel richtungweisend. Dass unfallbedingte Gründe für einen Nichtantritt der Arbeit eine Leistungspflicht des Unfallversicherers auslösen (vgl. Maurer, a. a. O., S. 141), erscheint in dem Sinn logisch. Liegen einem solchen indessen unfallfremde Gründe zu Grunde, erlangt der Umstand, dass die versicherte Person damit ihre Arbeit überhaupt nicht mehr anzutreten vermochte, die zentrale Bedeutung. Der Anknüpfungspunkt «hätte antreten sollen» wird rechtlich verdrängt bzw. vermag keine Anwendung mehr zu finden. Insofern ist die Auslegung der Ausnahmeregelung von Art. 3 Abs. 1 UVG im Sinne einer Gleichsetzung des bezahlten Urlaubs des Beschwerdeführers mit dem tatsächlichen Antritt der Arbeit gerade unzulässig. Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut der fraglichen Ausnahmebestimmung ohne weiteres konkludent. Die Kritik von Jean-Louis Duc sowie die Sichtweise der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers operieren demgegenüber mit dem grundsätzlich irrelevanten Rechtsbegriff des Anstellungsverhältnisses.

Das EVG äussert sich schliesslich in seiner Entscheid vom 4. November 1963 auch zum Einwand, obige Auslegung führe zu einer Versicherungslücke, welche es zu vermeiden gelte. Lücken der Versicherung, die naturgemäss immer auftreten könnten, dürften nicht mit Lücken im Gesetz verwechselt werden. Die Beschwerdegegnerin weist schliesslich in der Beschwerdeantwort vom 25. Februar 2005 richtigerweise darauf hin, dass einer versicherten Person zur Sicherstellung des Versicherungsschutzes im Falle eines Stellenwechsels ausserdem die Abredevversicherung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UVG zur Verfügung gestanden hätte, wofür konkret indessen nicht die Beschwerdegegnerin zuständig sei.

d) Aufgrund der obigen Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die EVG-Rechtsprechung vom 4. November 1963 i. S. Rota auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, was bedeutet, dass in Bezug auf den Verkehrsunfall vom 1. Dezember 2003 keine Versicherungsdeckung für Unfälle bei der Beschwerdegegnerin besteht. Die Beschwerdegegnerin hat somit zu Recht eine Leistungspflicht für die vom Beschwerdeführer aufgrund des Verkehrsunfalls vom 1. Dezember 2003 erlittenen Verletzungen abgelehnt.

3. Der Vollständigkeit halber ist in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass sie selbst bei Annahme einer entsprechenden Versicherungsdeckung gegenüber dem Beschwerdeführer nicht leistungspflichtig wäre, da dieser am 1. Dezember 2003 wegen eines früheren Schlittelfalles im Sinne von Art. 100 Abs. 1 der Verordnung über die UVV behandlungsbedürftig und arbeitsunfähig war. Im Unfallschein UVG von Dr. med. Ch. Bärlocher, Facharzt für Neurochirurgie FMH, St. Gallen, ist in Bezug auf den früheren Schlittelfall vom 9. Februar 2003 nicht nur für das Datum ab dem 1. Januar 2004, sondern auch für dasjenige ab dem 16. Dezember 2003 eine volle Arbeitsfähigkeit vermerkt. Die in

der Replik der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers vom 24. März 2005 angeführten angeblichen Irrtungen hinsichtlich des von Dr. Bärlocher angeführten Datums des 1. Januar 2004 sind damit irrelevant. Massgebend ist hingegen, dass der Beschwerdeführer offensichtlich sicher noch bis 15. Dezember 2003 wegen des Schlittellunfalls zu 100 Prozent arbeitsunfähig gewesen ist. In Bezug auf die Mobilgar lag sodann nicht ein Irrtum hinsichtlich des Schlittellunfalls bzw. der diesbezüglichen Arbeitsunfähigkeit vor, sondern wegen der Frage, ob der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2003 Arbeitnehmer im Sinne des UVG oder Selbständigerwerbender und damit nicht mehr obligatorisch bei der Mobilgar gegen Unfälle versichert gewesen sei. Angesichts dieses Umstandes steht fest, dass zumindest die Beschwerdegegnerin für den neuen Unfall vom 1. Dezember 2003 noch keine Leistungen zu erbringen hatte (vgl. dazu auch Maurer, a. a. O., S. 70 f.).

### 13

*Art. 9 Abs. 2 UVV (SR 832.202).* Ein beim Squashspiel erlittener Riss der Achillessehne gilt als unfallähnliche Körperschädigung im Sinne dieser Bestimmung.

*Versicherungsgericht, 17. August 2005*

Aus den Erwägungen:

1.

2. a) Der bei der Beschwerdegegnerin gegen die Folgen von Unfällen und unfallähnlichen Körperschädigungen versicherte X. erlitt am 30. Januar 2004 bei einem Schritt beim Squash-Spiel eine Achillessehnenruptur links, welche eine ärztliche Behandlung erforderlich machte. Als unbestritten hat zu gelten, dass dieses Geschehen das Merkmal der Ungewöhnlichkeit nicht erfüllt und somit kein Unfall im Sinn von Art. 6 Abs. 1 UVG in Verbindung mit Art. 4 ATSG vorliegt. Der Versicherte selber hat nämlich gegenüber der Beschwerdegegnerin bestätigt, dass beim Squash-Spiel nichts Besonderes passiert sei. Er habe eine normale Bewegung, wie beim Squash-Spiel üblich, ausgeführt.

c) Gemäss Art. 6 Abs. 2 UVG kann jedoch der Bundesrat Körperschädigungen, die den Folgen eines Unfalls ähnlich sind, in die Versicherung einbeziehen. Von dieser Kompetenz hat er in Art. 9 Abs. 2 UVV Gebrauch gemacht. Als sogenannte unfallähnliche Körperschädigungen gelten die in Art. 9 Abs. 2 lit. a bis h UVV aufgeführten Körperverletzungen (unter anderem Sehnenrisse, vgl. lit. f.), sofern sie auf eine plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende äussere Einwirkung auf den menschlichen Körper zurückzuführen sind. Das bei einem Unfall im Sinn von Art. 4 ATSG

vorausgesetzte Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors ist bei den unfallähnlichen Körperschädigungen also nicht erforderlich. Hingegen hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in BGE 129 V 467 E.2.2 seine Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 43 bestätigt, wonach mit Ausnahme der Ungewöhnlichkeit auch bei den unfallähnlichen Körperschädigungen die übrigen Tatbestandsmerkmale des Unfallbegriffs erfüllt sein müssen. Laut EVG-Rechtsprechung kommt hierbei der Voraussetzung eines äusseren Ereignisses besondere Bedeutung zu, d.h. eines ausserhalb des Körpers liegenden, objektiv feststellbaren, sinnfälligen, eben unfallähnlichen Vorfalles. Wo ein solches Ereignis mit Einwirkung auf den Körper nicht stattgefunden hat, und sei es auch nur als Auslöser eines in Art.9 Abs.2 lit. a bis h UVV aufgezählten Gesundheitsschadens, liegt eine eindeutig krankheits- oder degenerativ bedingte Gesundheitsschädigung vor. Kein unfallähnliches Ereignis liegt in all jenen Fällen vor, in denen der äussere Faktor mit den Schmerzen gleichgesetzt wird, wie sie anfänglich bei den in Art.9 Abs.2 lit. a bis h UVV aufgezählten Gesundheitsschäden typischerweise in Erscheinung treten. Das Auftreten von Schmerzen als solches ist kein äusserer (schädigender) Faktor im Sinne der Rechtsprechung. Mit anderen Worten kann von einem erforderlichen äusseren schädigenden Faktor dort nicht gesprochen werden, wo die versicherte Person nur das (erstmalige) Auftreten von Schmerzen in zeitlicher Hinsicht anzugeben vermag. Auch nicht erfüllt ist das Erfordernis des äusseren schädigenden Faktors, wenn das (erstmalige) Auftreten von Schmerzen mit einer blossen Lebensverrichtung einhergeht, welche die versicherte Person zu beschreiben in der Lage ist; denn für die Bejahung eines äusseren auf den menschlichen Körper schädigend einwirkenden Faktors ist stets ein Geschehen verlangt, dem ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotenzial innewohnt. Das ist zu bejahen, wenn die zum einschliessenden Schmerz führende Tätigkeit im Rahmen einer allgemein gesteigerten Gefahrenlage vorgenommen wird, wie dies etwa für viele sportliche Betätigungen zutreffen kann. Dieser Feststellung ist in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin zu entnehmen, dass die sportliche Betätigung laut EVG-Rechtsprechung nicht bereits selber eine erhöhte Gefahrenlage schafft und sich damit eine Differenzierung hinsichtlich Bewegungen beim Sport erübrigt. Auch bei der konkreten sportlichen Betätigung muss mithin ein unfallähnliches Ereignis vorliegen, bei dem in irgend einer Form plötzlich eine erhöhte Kraft schädigend auf den menschlichen Körper einwirkt.

c) aa) Dem Squash-Spiel an sich bzw. den dabei auszuführenden Bewegungen haftet – im Gegensatz zu einer Verdrehung des Fusses oder einem Misstritt – grundsätzlich nichts Aussergewöhnliches an. Insofern handelt es sich, wie beispielsweise auch beim Gehen, Schwimmen, Skifahren usw. um eine alltägliche, übliche Aktivität. Bei der Frage, ob ein sinnfälliges Ereignis stattgefunden hat, gilt es nun aber vielmehr zusätzlich zu prüfen, ob es beim Bewegungsablauf des Squash-Spiels zu einer abgrenzbaren Belastungssituation speziell für die Achillessehnen, im Sinn einer plötzlichen Einwirkung, ohne zusätzliche Einwirkung eines

ungewöhnlichen äusseren Faktors, kommt. Dies gilt es mit Bezug auf das Squash-Spiel zu bejahen. Wenn der Versicherte von einem Schritt spricht, darf davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um einen beim Squash-Spiel typischen Ausfallschritt handelte, welchen der Sportler regelmässig ausführt, um an den Ball heranzukommen. Durch diese Bewegung wirkt – anders als beim gleichmässigen Rennen – eine erhöhte Kraft auf die Achillessehnen. Dies insbesondere deshalb, weil mit der Schrittbewegung im Squash durch die ausgesprochene Schnelligkeit des Sports verbunden mit Richtungswechseln, Beschleunigungen und verschiedenen grossen Schritten und nicht selten sogar Sprüngen eine gewisse Ruckartigkeit in der Bewegung verbunden ist und es damit zu einer erhöhten Belastung speziell der Achillessehnen, im Sinn einer plötzlichen schädigenden äusseren Einwirkung, kommen kann. Die beim Squash stattfindende körpereigene Schrittbewegung kann demnach ohne weiteres mit der Situation des Sprungs von einer Verpackungskiste bzw. aus einem Bahngepäckwagen, für welche des EVG das Kriterium der Plötzlichkeit bejahte, verglichen werden (RKUV 1988 Nr. U 57 S. 374, 2001 Nr. U 435 S. 332; Urteil des EVG vom 21. September 2001 [U 266/00] in Sachen SWICA gegen SUVA betreffend W., E. 2). Auch hier genügte im Übrigen ein Sprung als Auslösefaktor. Eine zusätzliche Drehbewegung wurde nicht verlangt.

bb) Das von der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort vom 4. Mai 2005 angeführte Zitat aus Schönenberger/Mehrtens/Valentin, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, 7. Aufl., S. 488 f. Ziff. 8.2.2.2, bezieht sich im Übrigen auf den Sachverhalt eines Sehnenrisses ohne geeignetes Unfallereignis. Im vorliegenden Fall ist jedoch das Vorliegen eines unfallähnlichen Ereignisses zu bejahen. Die Austauschbarkeit jedes Ereignisses bzw. Bewegungsvorgangs würde – wie von der Beschwerdeführerin zutreffend festgestellt – einem faktischen Ausschluss des Sehnenrisses als unfallähnliche Körperschädigung gleichkommen.

cc) Wenn die Beschwerdegegnerin schliesslich geltend macht, eine gesunde Achillessehne reisse nicht einfach so, ist dazu anzufügen, dass den Akten kein Hinweis auf einen krankhaften oder degenerativen Vorzustand der linken Achillessehne des Versicherten zu entnehmen ist. Für einen Ausschluss der Leistungspflicht hätte die Beschwerdegegnerin als Unfallversicherer zu beweisen gehabt, dass der fragliche Gesundheitsschaden eindeutig auf Krankheit oder Degeneration zurückzuführen ist. Nach Alfred Bühler (Die unfallähnliche Körperschädigung, in: SZS 1996 S. 116) ist der Ausdruck eindeutig in beweisrechtlicher Hinsicht dahingehend zu verstehen, dass der volle oder strikte Beweis für den Nachweis einer pathologischen Kausalität einer Listenverletzung zu leisten sei. Dieser Beweis sei nicht geleistet, wenn ein unfallähnliches Ereignis glaubwürdig dargetan sei und diesem die Bedeutung einer – wenn auch schwachen – Mitursache für die Auslösung der Listenverletzung nicht zweifelsfrei abgesprochen werden könne. Gemäss Art. 36 UVG ist der Unfallversicherer grundsätzlich schon dann leistungspflichtig, wenn der Unfall nur eine Teilursache für die Gesundheitsschädigung darstellt (BGE 123 V 45 mit Hinweisen; 116 V 147 f. E. 2c). Wie in Erwägung Ziff. 2c dargetan ist

im vorliegenden Fall anzunehmen, dass die Schrittbewegung beim Squash vom 30. Januar 2004 eine wesentliche Ursache für die Gesundheitsschädigung des Versicherten darstellte, womit der Beweis für einen eindeutigen krankhaften oder degenerativen Gesundheitsschaden nicht erbracht ist.

Indem der Beschwerdeführer im Anschluss an den geltend gemachten Schritt den bei einer Achillessehnenruptur typischen Knall hörte und danach Schmerzen verspürte, liegt schliesslich auch tatsächlich eine Kausalitätskette zwischen dem Ereignis vom 30. Januar 2004, den Schmerzen sowie der Abklärungs- und Behandlungsbedürftigkeit vor. Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass ein äusseres Ereignis im Sinne von Art. 9 Abs. 2 UVW erstellt ist. Da auch die übrigen Tatbestandsmerkmale der unfallähnlichen Körperschädigung (plötzliche, nicht beabsichtigte, schädigende Einwirkung auf den menschlichen Körper) erfüllt sind, ist die Beschwerdegegnerin leistungspflichtig. Die Beschwerdegegnerin hat demnach ihre Leistungspflicht zu Unrecht abgelehnt.

## 14

*Art. 10 Abs. 1 EG-KVG (sGS 331.11).* Voraussetzung für den Anspruch auf individuelle Verbilligung von Krankenkassenprämien ist der steuerrechtliche Wohnsitz im Kanton St.Gallen. Ein Aufenthalt zu Studienzwecken begründet keinen Wohnsitz.

*Verwaltungsgericht, 7. April 2005*

A., geboren 1983, nahm im Oktober 2002 ein Studium an der Universität St.Gallen auf. Seine Schriften hinterlegte er in St.Gallen. Im Sommer 2004 brach er das Studium ab und kehrte an den Wohnort seiner Mutter im Kanton Waadt zurück. Anfang 2004 beantragte er eine individuelle Prämienverbilligung für 2004. Die Sozialversicherungsanstalt wies das Begehren ab mit der Begründung, in Ausbildung stehende Personen bis zum 25. Altersjahr erhielten keine Prämienverbilligung, wenn die Eltern zur Hauptsache für den Unterhalt aufkämen. Das Verwaltungsgericht schützte einen Rekurs von A. Es erwog, weder A. selbst noch dessen Eltern könnten bei der Anwendung der gesetzlichen Regeln in den Kantonen Waadt oder St.Gallen eine Prämienverbilligung beanspruchen. Das Bundesrecht enthalte keine Kollisionsnorm. Daher habe das Gericht eine sachgerechte Lösung zu suchen. Es sei allein auf die Voraussetzung des Wohnsitzes nach st.gallischem Recht abzustellen und A. gestützt darauf einen eigenen Anspruch auf individuelle Prämienverbilligung einzuräumen. Die Sozialversicherungsanstalt erhob gegen den Rekursentscheid Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 10 Abs. 1 EG-KVG wird eine Prämienverbilligung an Personen gewährt, die im Kanton St.Gallen ihren steuerrechtlichen Wohnsitz haben (lit. a) und ein die Prämienverbilligung auslösendes Einkommen erzielen (lit. b). Gemäss Art. 10 Abs. 2 Ziff. 3 EG-KVG wird in Ausbildung stehenden Personen, für deren Unterhalt die Eltern zur Hauptsache aufkommen, bis zum vollendeten 25. Altersjahr keine Prämienverbilligung gewährt.

Voraussetzung für den Anspruch auf eine Prämienverbilligung ist damit in jedem Fall das Vorliegen eines steuerrechtlichen Wohnsitzes im Kanton St.Gallen. Hat der Beschwerdegegner im Kanton St.Gallen keinen Wohnsitz, so können weder er selbst noch seine Eltern einen entsprechenden Anspruch geltend machen.

Die Vorinstanz hat die Frage, ob sich der Wohnsitz des Beschwerdegegners im Kanton St.Gallen befindet, nicht ausdrücklich geprüft; sie hat dessen Vorliegen ihrem Entscheid jedoch implizit zu Grunde gelegt.

Im folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner im massgeblichen Zeitpunkt am 1. Januar 2004 (Art. 9 Abs. 1 V zum EG-KVG) seinen steuerrechtlichen Wohnsitz in St.Gallen hatte.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdegegner im Oktober 2002 seine Schriften in St.Gallen hinterlegt hat. Am 1. Oktober 2004 meldete er sich in R. (Kanton Waadt), dem Wohnort seiner Mutter, an.

Nach Art. 13 Abs. 2 StG hat eine Person steuerrechtlichen Wohnsitz im Kanton St.Gallen, wenn sie sich hier mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Der Begriff des steuerrechtlichen Wohnsitzes wird somit gleich umschrieben wie jener des zivilrechtlichen Wohnsitzes (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Der steuerrechtliche Wohnsitz einer Person befindet sich damit an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens tatsächlich aufhält, d. h. am Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen bzw. Lebensbeziehungen (BGE 127 V 238, 108 Ia 254). Für die Begründung des Wohnsitzes müssen somit zwei Merkmale erfüllt sein: ein objektives äusseres, der Aufenthalt, sowie ein subjektives inneres, die Absicht dauernden Verbleibens. Als innere Tatsache ist die Absicht dauernden Verbleibens an einem Ort keinem direkten Beweis zugänglich. Sie kann lediglich indirekt aus der äusserlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse gefolgert werden (E. Bucher, Berner Kommentar, Bern 1976, Art. 23 N 35; vgl. BGE 97 II 4). Nach der Rechtsprechung kommt es nicht auf den inneren Willen, sondern darauf an, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen (BGE 127 V 238). Massgebend ist die Gesamtheit der Umstände, wobei auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf rein formelle Handlungen abgestellt wird. Die polizeiliche Anmeldung und die Hinterlegung der Schriften sind zwar gewichtige Indizien für die Wohnsitzbegründung, für sich allein aber nicht entscheidend (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl., Muri-Bern 1999, S. 21).

Gemäss Art. 26 ZGB begründet der Aufenthalt an einem Ort zum Zweck des Besuches einer Lehranstalt keinen Wohnsitz. Es handelt sich dabei aber nur um

eine gesetzliche Vermutung; liegen die oben genannten tatsächlichen Voraussetzungen vor, kann der Studienort zugleich der Wohnsitz sein. Auf die Dauer des Studienaufenthaltes kommt es nicht an. Indizien für die Wohnsitznahme am Studienort können neben der Absicht, auch nach Studienabschluss an diesem Ort zu verbleiben, die Erwerbstätigkeit am Studienort und vor allem der Aufenthalt auch während der Ferien und an Wochenenden sein (Bucher, a. a. O., Art. 26 N 11).

Der Beschwerdegegner weilte zu Studienzwecken in St.Gallen. Er selbst führt in seiner Stellungnahme zur Beschwerde aus, «Je me suis inscrit comme domicilié à Saint-Gall car je comptais y passer plusieurs années pour mes études, ce qui est, j'en suis convaincu, une raison suffisante pour considérer ce lieu comme un domicile définitif, pour les impôts et autres activités économiques.» Der Aufenthalt zu Studienzwecken begründet gemäss Art. 26 ZGB aber gerade keinen Wohnsitz, und wie erwähnt bilden die Hinterlegung der Schriften und allfällige innere Absichten keine ausschlaggebenden Merkmale für die Begründung des Wohnsitzes.

Das Argument der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe seine Schriften möglicherweise nur deshalb nach St.Gallen verlegt, weil er hier von tiefen Prämien für Zusatzversicherungen habe profitieren können, ist nicht stichhaltig. Indessen fehlen im vorliegenden Fall weitere Indizien, die objektiv nach den äusseren Umständen für die Begründung eines Wohnsitzes in St.Gallen sprechen. Der Beschwerdegegner hat sich zwar zur Frage seines Wohnsitzes geäussert, aber nicht geltend gemacht, dass er in St.Gallen regelmässig auch die Wochenenden oder die Ferien verbracht habe. Auch aus den Akten ergeben sich dafür keine Anhaltspunkte. Sodann behauptet der Beschwerdegegner nicht, er habe beabsichtigt, nach dem Studium in St.Gallen zu bleiben. Aufgrund der Akten ist zudem der Beschwerdegegner in St.Gallen keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen. Der Preis seiner Unterkunft (Fr. 520.– pro Monat) lässt darauf schliessen, dass es sich dabei um ein Zimmer zur Untermiete oder in einer studentischen Wohngemeinschaft handelt. Der Beschwerdegegner macht auch nicht geltend, er habe in St.Gallen einen eigenen Bekanntenkreis aufgebaut. Die Tatsache, dass sich der Beschwerdegegner im Einsprache- und Rekursverfahren durch seine Mutter vertreten liess, spricht zudem dafür, dass er zu dieser noch ein enges Verhältnis pflegt und im Kanton Waadt familiär verwurzelt ist. Nach dem Abbruch bzw. Unterbruch des Studiums kehrte er denn auch wieder an den Wohnort seiner Mutter zurück. Im übrigen macht der Beschwerdegegner auch nicht geltend, die Steuerbehörden hätten einen steuerrechtlichen Wohnsitz anerkannt und ihn im Kanton St.Gallen rechtskräftig veranlagt. In den Akten findet sich lediglich ein Vermerk, wonach eine vorläufige Steuerrechnung gestellt worden sei und das Einkommen und Vermögen per Ende 2001 Fr. 0.– betragen habe.

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdegegner zum Zweck des Studiums in St.Gallen aufhielt und damit hier keinen Wohnsitz begründete. Die Anspruchsvoraussetzungen für eine individuelle Prämienverbilligung im Kanton St.Gallen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a EG-KVG sind damit nicht erfüllt.

Da sowohl der Kanton St.Gallen als auch der Kanton Waadt die Anspruchsberechtigung vom Wohnsitz abhängig machen und gemäss Art.23 Abs.2 ZGB niemand an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben kann, erübrigt sich das Aufstellen einer Kollisionsregel, wie das die Vorinstanz gemacht hat. Zudem liegt kein Entscheid des Kantons Waadt vor, der den Anspruch des Beschwerdegegners ablehnt.

## 15

*Art. 9 und 16 SHG (sGS 381.1); Art. 51 Abs. 1 VRP (sGS 951.1).* Eine ungenügende Deklaration von Erwerbseinkünften rechtfertigt eine Kürzung der finanziellen Sozialhilfe im Umfang der mutmasslichen Einkünfte, nicht aber eine zusätzliche Kürzung wegen mangelhafter Mitwirkung. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist unzulässig, wenn er zur gänzlichen Einstellung der Hilfeleistung führt.

*Verwaltungsgericht, 15. November 2005*

Der Gemeinderat X. rechnete der Sozialhilfebezügerin Y. ein monatliches Reineinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 500.– an und reduzierte in diesem Umfang die finanzielle Sozialhilfe bis 1. Oktober 2004. Das Departement des Innern bestätigte die Kürzung wegen ungenügender Mitwirkung und wies einen Rekurs von Y. in diesem Punkt ab. In der Folge verlängerte der Gemeinderat die Reduktion und ordnete ausserdem an, die Unterstützung werde ab Oktober 2004 jeweils nach Einreichen der Lohnabrechnung bzw. der belegten Einkünfte und Ausgaben bemessen und ausgerichtet. Einem allfälligen Rekurs entzog er die aufschiebende Wirkung. Y. erhob Rekurs und beantragte unter anderem, die aufschiebende Wirkung des Rekurses sei wiederherzustellen. Das Departement des Innern hiess den Rekurs im Sinn der Erwägungen teilweise gut und hielt fest, der Gemeinderat habe zu Unrecht die aufschiebende Wirkung entzogen, weshalb dem Gesuch um deren Wiederherstellung stattzugeben sei. Demgemäss habe der Gemeinderat bis zur Rechtskraft des Rekursentscheids die ungekürzten Leistungen zu erbringen. Die Kürzung um Fr. 500.– wegen Verletzung von Auflagen qualifizierte das Departement als verhältnismässig. Es erwog aber, die Leistungen würden laut Gemeinderat jeweils nach Einreichen der Lohnabrechnung bzw. der belegten Einkünfte und Ausgaben bemessen. Damit kürze der Gemeinderat einerseits die Leistungen wegen fehlender Mitwirkung, richte indessen aus demselben Grund gar keine Leistungen aus. Dies komme einer vollständigen Leistungseinstellung gleich. In diesem Punkt sei der Rekurs gutzuheissen. Der Gemeinderat erhob gegen den Rekursentscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.



Aus den Erwägungen

2. a) Nach Art. 51 Abs. 1 VRP hat der Rekurs aufschiebende Wirkung, wenn die Vorinstanz nicht wegen Gefahr die Vollstreckbarkeit anordnet. Nach Art. 51 Abs. 2 VRP kann die Rekursinstanz eine gegenteilige Verfügung treffen. Die Verfügung ist endgültig.

b) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid den Entzug der aufschiebenden Wirkung durch den Gemeinderat als rechtswidrig qualifiziert und dem Gesuch der Beschwerdegegnerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben. Im Dispositiv des Rekursentscheids hat sie sich nicht mehr direkt darüber geäußert. Dies war auch nicht notwendig, da sie gleichzeitig materiell über den Rekurs entschieden und im Dispositiv insbesondere auch über die der Beschwerdegegnerin auszurichtenden Leistungen ab Oktober 2004 befunden hat. Eine förmliche Verfügung wäre beispielsweise dann erforderlich gewesen, wenn die Vorinstanz vor dem materiellen Entscheid die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung angeordnet hätte. Weiter steht fest, dass die Vorinstanz ihrerseits einer allfälligen Beschwerde an das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung nicht entzogen hat. Damit hatte die Beschwerde des Gemeinderats grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Dies bedeutete, dass der Rekursentscheid noch nicht rechtswirksam wurde. Dies berechnete den Gemeinderat aber nicht, eine vollständige Einstellung der Sozialhilfeleistungen zu treffen und seine noch nicht rechtskräftige Verfügung vorzeitig zu vollstrecken. Vielmehr hätte der Gemeinderat die Leistungen im Rahmen der letzten rechtskräftigen Verfügung bzw. des letzten rechtskräftigen Entscheids ausrichten müssen. Nachdem die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestellt hat und darüber am 19. Oktober 2005 entschieden worden ist, kann auf weitere Erörterungen zur Frage der aufschiebenden Wirkung aber verzichtet werden. Festzuhalten ist indessen, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung nur wegen Gefahr zulässig ist. Finanzielle Verpflichtungen im Umfang der konkret streitigen Leistungen vermögen eine solche Gefahr nicht zu begründen. Die vom Gemeinderat dagegen erhobenen Einwendungen sind unbegründet. Insbesondere geht die Berufung auf die Regelung im Sozialversicherungsrecht an der Sache vorbei. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, besteht bei der Sozialhilfe im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht kein weiteres Auffangnetz für bedürftige Personen. Dies allein rechtfertigt eine andere Praxis. Auch die Berufung auf Rechtsmissbrauch ist im Zusammenhang mit der Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung nicht entscheidend. Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind in der Regel für die Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung nicht entscheidend. Sind Rechtsmittel offensichtlich unzulässig oder unbegründet, kann darüber rasch und gegebenenfalls ohne Einholung einer vorinstanzlichen Vernehmlassung entschieden werden, was die Verfahrensdauer und damit die Auswirkungen der aufschiebenden Wirkung entsprechend reduziert.

3. Nach Art. 9 SHG hat Anspruch auf finanzielle Sozialhilfe, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann.

a) Im Sozialhilfegesetz sind nicht nur Ansprüche statuiert, sondern auch Pflichten verankert. Wer um finanzielle Sozialhilfe ersucht, hat nach Art. 16 Abs. 1 SHG wahrheitsgetreu und vollständig Auskunft zu erteilen (lit. a) sowie Amtsstellen und Dritte zu ermächtigen, Auskünfte zu erteilen (lit. b). Wer finanzielle Sozialhilfe bezieht, ist nach Art. 16 Abs. 2 SHG verpflichtet, Tatsachen umgehend zu melden, die Anspruch oder Berechnung verändern. Nach Art. 17 SHG wird finanzielle Sozialhilfe verweigert, gekürzt oder eingestellt, wenn die hilfeschende Person keine oder unrichtige Auskünfte erteilt (lit. a), verlangte Unterlagen nicht einreicht (lit. b), Bedingungen und Auflagen missachtet (lit. c) oder ihren Fähigkeiten entsprechende Arbeit ablehnt (lit. d).

b) Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin als ... tätig ist und sie selber ihr Pensum auf 70 bis 100 Prozent bezifferte. Die Beschwerdegegnerin bietet ausserdem Dienstleistungen im Bereich Multimedia und Internet an. Ihre Angaben über diese Tätigkeiten sind lückenhaft. Sie führt keine Buchhaltung und hat dem Sozialamt keine vollständigen und beweiskräftigen Unterlagen und Belege über ihre Erwerbseinkünfte und Berufsauslagen eingereicht. Damit verletzte sie unbestrittenermassen ihre Mitwirkungspflichten.

c) Die Vorinstanz hat die Reduktion der monatlichen Sozialhilfe um Fr. 500.– wegen ungenügender Angaben über die selbständige Erwerbstätigkeit bestätigt. Sie hat allerdings auch festgehalten, der Gemeinderat X. kürze einerseits die Leistungen wegen fehlender Mitwirkung, richte aber tatsächlich wegen dieser fehlenden Mitwirkung auf unbestimmte Zeit gar keine Leistungen aus, nämlich bis die Beschwerdegegnerin die geforderten Unterlagen beibringe. Dies mit der Begründung, aufgrund des Verhaltens der Beschwerdegegnerin könne gar keine Bedarfsrechnung erstellt werden. Dies komme einer vollständigen Leistungsverweigerung bzw. -einstellung gleich.

Die faktische Ausrichtung der (gekürzten) Sozialhilfeleistungen wurde von der Gemeinde ausdrücklich mit der Bedingung verbunden, dass die Beschwerdegegnerin die geforderten Unterlagen und Belege über die Erwerbstätigkeit und die finanziellen Verhältnisse einreicht. Sie hat dies im Dispositiv ihrer Verfügung ausdrücklich festgehalten. Die mangelhafte Mitwirkung der Beschwerdegegnerin wurde somit als Grund für die gänzliche Einstellung der Leistungen angeführt. Die Beschwerdeführerin hält denn auch fest, sobald die Beschwerdegegnerin die zumutbare Mitwirkungspflicht erfülle, würden die Auszahlungen an sie im berechneten Umfang erfolgen.

Die Vorinstanz qualifizierte das Vorgehen der Beschwerdeführerin als vollständige Leistungsverweigerung und hielt fest, diese sei nicht förmlich verfügt worden, weshalb sie den Rekurs guthiess. Sie ging also davon aus, dass die Leistungsverweigerung als solche förmlich hätte verfügt werden müssen. Dies tat die

Beschwerdeführerin nicht, sondern verfügte lediglich Auflagen für die Mitwirkung, was bei Nichterfüllung derselben die Folge hat, dass jegliche Leistung eingestellt wird. Die Vorinstanz hat gar nicht geprüft, ob die Leistungsverweigerung, falls sie als solche förmlich verfügt worden wäre, rechtmässig und verhältnismässig ist. Insoweit gehen die Ausführungen in der Beschwerde vollumfänglich an der Sache vorbei.

Der Entscheid der Vorinstanz hätte zur Folge, dass nunmehr die Beschwerdeführerin eine Leistungseinstellung förmlich verfügen müsste, falls sie daran festhalten will. Diese könnte dann wiederum mit Rekurs bei der Vorinstanz angefochten werden. Ob dies zweckmässig ist, erscheint fraglich. Sinn und Zweck der Verfügung der Beschwerdeführerin war es zweifellos, der Beschwerdegegnerin solange überhaupt keine Leistungen auszurichten, als sie die geforderten Unterlagen nicht lückenlos beibringt. Diese Anordnung hat die Vorinstanz aufgehoben. Das Verwaltungsgericht ist an die Begründung der Vorinstanz nicht gebunden. Ist der angefochtene Entscheid aus anderen Gründen als rechtmässig zu qualifizieren, kann das Verwaltungsgericht einen entsprechenden Entscheid fällen.

d) Aufgrund der mangelhaften Mitwirkung und dementsprechend unvollständiger Unterlagen über die Erwerbseinkünfte wurden der Beschwerdegegnerin die Leistungen seit längerem gekürzt. Die Kürzung um Fr. 500.– wurde von der Vorinstanz als verhältnismässig betrachtet. Die Verletzung der Mitwirkungspflichten kann aber nicht in einem ersten Schritt zu einer Reduktion der Leistungen und in einem zweiten Schritt zur vollständigen Einstellung derselben führen. Eine weitere Kürzung wäre allenfalls dann angezeigt, wenn aufgrund der Umstände davon auszugehen ist, dass die Beschwerdegegnerin erheblich höhere Einkünfte erzielt, als dies bei der ursprünglichen Kürzung angenommen wurde. Mit der Kürzung wird dem aufgrund der mangelnden Mitwirkung ziffernmässig nicht genau bekannten Erwerbseinkommen Rechnung getragen. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich aber nicht, aufgrund der Ungewissheit eine weitere Reduktion bzw. eine vollständige Einstellung wegen fehlender Mitwirkung anzuordnen. Allein als Sanktion ist eine Kürzung nicht zulässig, nachdem eine solche bereits wegen eben dieser mangelhaften Mitwirkung und der daraus resultierenden Ungewissheit über das erzielte Einkommen angeordnet wurde.

Im übrigen wäre bei einer vollständigen Einstellung von Leistungen zu prüfen, ob sie das verfassungsmässige Recht auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV verletzt (vgl. BGE 131 I 166 ff. und ZBI 2005, S. 497 ff.). Eine solche Prüfung hat die Beschwerdeführerin vor Erlass ihrer Verfügung unterlassen.

Wenn die Reduktion zu geringfügig wäre, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet, so hätte sie dies zumindest glaubhaft zu machen. Sie legt aber nicht konkret dar, inwiefern der monatliche Fehlbetrag für den Lebensunterhalt die von der Vorinstanz festgelegte Leistung von monatlich Fr. 1450.– ab Dezember 2004 unterschreitet. Wenn die Beschwerdeführerin hinreichende Anhaltspunkte hat, dass die Erwerbseinkünfte der Beschwerdegegnerin höher sind als bisher an-

genommen, so kann diesem Umstand mit einer weiteren, förmlich zu verfügenden Reduktion Rechnung getragen werden. Aufgrund der Akten bestehen indessen keine solchen Anhaltspunkte. . . .

Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene Entscheid in diesem Punkt zumindest im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden und die Beschwerde unbegründet ist.

## 16

*Art. 18 ff. SHG (sGS 381.1).* Die Pflicht zur Rückerstattung von Sozialhilfeleistungen trifft auch direkt unterstützte Personen, deren Ehegatten kraft Familienrechts zum Unterhalt verpflichtet waren. Überträgt eine rückzahlungspflichtige Person nach Einleitung eines Rückerstattungsverfahrens ein Guthaben aus einer Freizügigkeitspolice ohne Nachweis einer Gegenleistung auf ihr Kind, so ist die Berufung auf fehlendes Vermögen rechtsmissbräuchlich.

*Verwaltungsgericht, 16. August 2005*

H. wohnte bis Frühjahr 2004 in der Gemeinde V. 1983 hatte ihr Ehemann E. sie und ihre beiden Kinder verlassen. In der Folge wurden ihr zwischen 1983 und 1988 Sozialhilfeleistungen ausgerichtet. 2001 verstarb E. Das öffentliche Inventar ergab einen erheblichen Aktivenüberschuss. Am 24. Oktober 2003 überwies die Freizügigkeitsstiftung X. ein Freizügigkeitsguthaben von E. von rund Fr. 90 000.– an die Tochter von H. Die Gemeinde V. verpflichtete H. hierauf, Sozialhilfeleistungen von insgesamt Fr. 65 314.35 zurückzuerstatten. H. erhob Rekurs, der von der Verwaltungsrekurskommission abgewiesen wurde. Auch eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Art. 18 Abs. 1 SHG bestimmt, dass derjenige, der für sich oder für Familienangehörige finanzielle Sozialhilfe bezogen hat, diese zurückerstattet, wenn sich seine finanzielle Lage gebessert hat und die Rückerstattung zumutbar ist. Nach Art. 18 Abs. 2 SHG erstreckt sich die Rückerstattung auf finanzielle Sozialhilfe, welche die unterstützte Person für sich, für die mit ihr verheiratete Person und ihre unmündigen Kinder erhalten hat.

Wer für sich während der Unmündigkeit oder bis zum Abschluss einer in dieser Zeit begonnenen Ausbildung, längstens jedoch bis zur Vollendung des 25. Altersjahres, finanzielle Sozialhilfe bezogen hat, erstattet diese zurück, soweit er aus Erbschaft bereichert ist. Art. 19 SHG bestimmt, dass unrechtmässig erworbene finan-

zielle Sozialhilfe samt Zins zurückzuerstatten ist. Art. 20 SHG bestimmt, dass Erben die vom Erblasser bezogene finanzielle Sozialhilfe zurückerstatten, soweit sie aus dem Nachlass bereichert sind.

a) Die Vorinstanz stützte die Verpflichtung zur Rückerstattung auf Art. 18 Abs. 1 SHG, während die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, es sei ausschliesslich ihr verstorbener Ehemann, der für die Fürsorgeleistungen, welche seine Familienangehörigen erhalten hätten, rückerstattungspflichtig sei. Eine allfällige Pflicht ihrerseits könnte sich nur auf Art. 20 SHG stützen.

Art. 18 SHG bestimmt, dass die Rückerstattungspflicht diejenige Person trifft, die für sich oder für Familienangehörige finanzielle Sozialhilfe bezogen hat. Die Rückerstattungspflicht umfasst Leistungen, die die unterstützte Person für sich, für die mit ihr verheiratete Person und ihre unmündigen Kinder erhalten hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bedeutet dies aber nicht, dass bei Verheirateten lediglich derjenige Ehegatte rückerstattungspflichtig ist, der familienrechtlich für die Unterstützung seiner Angehörigen verpflichtet gewesen wäre. Eine solche Verpflichtung bestünde in jenen Fällen, in denen Ehegatten im gemeinsamen Haushalt leben und lediglich einer der Ehegatten unterstützt wird, wobei sich die Unterstützung auf ihn selbst und auf seinen Ehegatten bzw. allfällige Kinder bezieht. Leben wie im vorliegenden Fall die Eheleute nicht in einer Gemeinschaft und wird daher einer oder werden beide Ehegatten direkt unterstützt, so schliesst das Gesetz nicht aus, den unterstützten Ehegatten zur Rückerstattung zu verpflichten, selbst wenn dieser einen Unterhaltsanspruch gegenüber seinem Gatten gehabt hat. Das Gesetz und die Verfassung verschaffen jedermann unmittelbar einen Anspruch auf Sozialhilfe. Dieser Anspruch entfällt nicht, wenn jemand einen familienrechtlichen Anspruch auf Unterhalt hat.

Art. 56 Abs. 2 SHG bestimmt im übrigen ausdrücklich, dass in bezug auf die Rückerstattung das neue Recht gilt. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde ist deshalb für die Beantwortung der Frage, wer im Sinne von Art. 18 SHG als unterstützte Person gilt, nicht auf das alte Fürsorgegesetz zurückzugreifen. Auch die Bestimmungen des alten Eherechts sind für die Auslegung von Art. 18 SHG irrelevant. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Fürsorgebehörde im Jahr 1983 den Ehemann oder die Ehefrau als unterstützungspflichtige Person bzw. unterstützte Person betrachtete. Nicht die Rechtmässigkeit der während der Geltung des FÜG erlassenen Unterstützungsverfügungen ist im vorliegenden Fall zu überprüfen, sondern die unter der Geltung des SHG konkretisierte Pflicht zur Rückerstattung bezogener Sozialhilfeleistungen. Es ist deshalb auch nicht entscheidend, dass das ZUG einen eigenen Unterstützungswohnsitz für getrennt lebende Ehegatten vorsieht. Dies unterstreicht lediglich, dass Ehegatten ungeachtet der familienrechtlichen Unterstützungspflicht einen eigenen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe geltend machen können. Dass die Unterstützung der getrennt lebenden Ehefrau wirtschaftlich auch dem unterstützungspflichtigen Ehemann zukommt, ändert daran nichts. Im Umfang seiner familienrechtlichen Unterstützungspflicht wird er durch die

direkte Leistung von Sozialhilfe an die Ehefrau selber rückerstattungspflichtig. Somit trifft es entgegen den Ausführungen in der Beschwerde nicht zu, dass eine Rückerstattungspflicht der Beschwerdeführerin nur auf Art. 20 SHG gestützt werden könnte. Vielmehr ist sie auch im Sinne von Art. 18 SHG als unterstützte Person zu betrachten.

b) Unbestritten ist, dass eine Rückerstattung der Sozialhilfeleistungen von Fr. 65 114.35 aufgrund der gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht zumutbar ist. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

...

d) aa) Die Vorinstanz qualifizierte das Vorgehen der Beschwerdeführerin, die ihr zustehende Kapitalleistung von Fr. 90 317.05 aus der Freizügigkeitspolice ihres Ehemannes an ihre Tochter zu übertragen, als rechtsmissbräuchlich. Es stehe fest, dass sich ihr Vermögen ohne diese Abtretung um diesen Betrag erhöht bzw. sich ihre finanzielle Lage in diesem Umfang verbessert hätte und die Rückerstattung der geleisteten Sozialhilfe im Umfang von Fr. 65 114.35 angesichts des ihr verbleibenden Restbetrages durchaus zumutbar gewesen wäre. Auffallend sei, dass die Abtretung an die Tochter zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, da die Beschwerdeführerin gewusst habe, dass die Sozialhilfekommission die Rückerstattung der finanziellen Sozialhilfe geprüft und den Erlass einer entsprechenden Rückerstattungsverfügung beabsichtigt habe, ebenso der Umstand, dass die Kapitalauszahlung vollumfänglich an ihre Tochter gegangen sei, welche seit April 2004 im gleichen Haushalt wie sie wohne. Unter diesen Umständen sei es objektiv betrachtet stossend, dass sich die Beschwerdeführerin in Erwartung der Forderung der Sozialhilfebehörde rechtzeitig der ihr zustehenden Kapitalleistung entäussert habe, um der Rückerstattung zu entgehen. In diesem Verhalten liege offensichtlich ein Rechtsmissbrauch, und die Beschwerdeführerin sei so zu behandeln, wie wenn keine Abtretung stattgefunden bzw. die Kapitalleistung an sie direkt ausgeschüttet worden wäre. Würde anders entschieden, hätte es jeder Sozialhilfebezüger in der Hand, sich rechtzeitig eines bevorstehenden Vermögensanfalles zu entäussern, um allfällige Rückerstattungsansprüche zu vereiteln. Ein solches Vorgehen stehe in krassem Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken.

bb) Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, sie sei der Ansicht gewesen, dass sie keiner Rückerstattungsverpflichtung unterworfen bzw. eine solche Forderung überdies verjährt sei. Das Vermögen bei der Freizügigkeitsstiftung sei wie das Guthaben der zweiten Säule in jenem Zeitpunkt nicht Gegenstand ihrer Überlegungen gewesen und habe dementsprechend keinen Eingang in ihre Stellungnahme vom 24. Oktober 2003 gefunden. Aufgrund der Auseinandersetzung mit dem Amtsnotariat und der anschliessenden Korrektur des Nachlasses sei sie in jenem Zeitpunkt davon überzeugt gewesen, dass das Geld aus der Freizügigkeitsstiftung unter keinem Titel der Rückerstattung unterworfen sein könnte. Der Zeitpunkt der Überweisung habe sich denn auch nicht aus der Aufforderung zur Stellungnahme

ergeben, sondern vielmehr aus dem Beginn der Ausbildung der Tochter. Diese lasse sich zur Naturheilkundefachfrau ausbilden. Da es für diese Ausbildung keine staatlich anerkannten Schulen gebe, sei man den Forderungen der Ausbildungsstätten mehr oder weniger ausgeliefert und komme nicht darum herum, horrend hohe Ausbildungskosten zu bezahlen. So habe sich die Tochter mit einer Forderung für Schulkosten von Fr. 50 000.– konfrontiert gesehen. Ohne den Betrag aus der Freizügigkeitsstiftung ihres verstorbenen Vaters sei es ihr nicht möglich gewesen, diese Ausbildung zu machen. In dieser Situation seien die verbliebenen Mitglieder der Familie übereingekommen, dass es sachgerecht sei, den Betrag aus der Freizügigkeitsstiftung der Tochter zukommen zu lassen. Die Beschwerdeführerin sei im Zeitpunkt der Überweisung des Betrags an ihre Tochter keineswegs in Erwartung einer Rückerstattungsverfügung gewesen. Vielmehr sei sie aufgrund der Entwicklung des Verfahrens im Zusammenhang mit dem öffentlichen Nachlassinventar davon ausgegangen, dass keine Rückerstattungsverfügung auf sie zukommen werde. Aufgrund der Tatsache, dass die Gemeinde ihre Rückerstattungsforderung im Nachlass geltend machte, habe sie davon ausgehen können, dass sich dies damit erledigt habe. Dies sei denn auch der Grund gewesen, dass sie den früheren Aufforderungen zur Stellungnahme nicht nachgekommen sei. Aus ihrer Sicht habe sich die Angelegenheit mit der Nachlassteilung, in welcher weder die bei den Stiftungen lagernden Gelder noch die Forderung der Gemeinde V. eine Rolle spielten, erledigt. Da das Geld der Freizügigkeitsstiftung nicht in den Nachlass gehört habe, sei sie zu Recht der Ansicht gewesen, dass sie dieses Geld der Tochter zukommen lassen dürfe.

cc) Das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens stützt sich auf Art. 2 ZGB und Art. 5 Abs. 3 BV. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Fest steht, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des Todes ihres Ehemannes ein Guthaben von Fr. 90 317.05 der Freizügigkeitsstiftung zustand. Die Stiftung bestätigte, dass aufgrund der gesetzlichen Regelung und ihres Reglements sowie mangels einer gegenteiligen Anordnung des verstorbenen E. die Beschwerdeführerin als Begünstigte der Kapitalleistung gilt.

Am 6. Oktober 2003 vereinbarten die Beschwerdeführerin, ihre Tochter und ihr Sohn, das Guthaben aus der Freizügigkeitsstiftung im Betrag von Fr. 90 317.05 an die Tochter zu übertragen. Als Grund für diese Übertragung wird in der Beschwerde vorgebracht, die Tochter lasse sich zur Naturheilkundefachfrau ausbilden. Für die entsprechenden Behauptungen wird als Beweis eine Zeugenbefragung der Tochter angeboten. Andere Beweismittel wurden nicht beigebracht oder bezeichnet. Wenn die Darstellung in der Beschwerde zutrifft, dass die Tochter der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens eine Ausbildung als Naturheilkundefachfrau begann und sich mit einer Forderung für Schulkosten von Fr. 50 000.– konfrontiert sah, so wären darüber schriftliche Unterlagen vorhanden. In der Beschwerde werden auch keine Angaben über die Ausbildungsstätte ge-

macht, was eine Überprüfung der Sachdarstellung in der Beschwerde ermöglichen würde. Allein die Bestätigung der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin durch die Tochter vermöchte unter diesen Umständen den Nachweis, dass mehr als die Hälfte des Guthabens der Freizügigkeitsstiftung für die Ausbildung der Tochter verwendet wurde, nicht zu erbringen. Bei dieser Sachlage kann von einer Zeugenbefragung der Tochter abgesehen werden. Es ist davon auszugehen, dass die Tochter die Darstellung der Beschwerdeführerin bestätigen würde. Ohne Sachbeweise über den Beginn der Ausbildung ist aber ein Nachweis der geltend gemachten Verwendung nicht erbracht.

Nicht überzeugend ist im weiteren der Einwand, die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt der Vereinbarung mit ihren beiden Kindern nicht damit gerechnet, mit einer Rückerstattungsforderung konfrontiert zu werden. Hiezu ist festzuhalten, dass es auf die persönlichen Absichten und Motive, die einen Privaten bei einer Handlung leiten, nicht ankommt, wie die Vorinstanz unter Berufung auf Häfelin/Müller und Imboden/Rhinow zutreffend festhielt. Fest steht jedenfalls, dass die Sozialhilfekommission V. wiederholt, und zwar mit Schreiben vom 22. November 2002, 18. März, 19. August und 26. September 2003 die Beschwerdeführerin darauf hinwies, dass infolge des Todes ihres Ehemannes und des ihr zustehenden Nachlasses die Frage einer allfälligen Rückerstattung bezogener finanzieller Sozialhilfe geprüft werde. Obwohl die Beschwerdeführerin mehrmals aufgefordert wurde, dazu Stellung zu nehmen, nahm sie erstmals am 24. Oktober 2003 Stellung, mithin nach der Übertragung des Freizügigkeitsguthabens auf ihre Tochter bzw. nach der Vereinbarung mit ihren Kindern über die Verwendung dieses Guthabens. Ihr Einwand, sie habe nicht mit einer Rückerstattung rechnen müssen, überzeugt nicht. Selbst wenn sie der Überzeugung gewesen wäre, eine Rückerstattungspflicht bestehe nicht und zudem wäre eine Rückerstattungsforderung verjährt, so hätte sie zumindest damit rechnen müssen, dass die Beschwerdegegnerin versuchen würde, eine Rückerstattung zu erwirken. Unter diesen Umständen ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin in Kenntnis eines möglichen Rückforderungsanspruches einer ihr zustehenden Kapitaleistung entäusserte und damit einen beträchtlichen Vermögenswert verschenkte und dass sie ohne diese Schenkung über einen Vermögenswert verfügt hätte, der eine Rückerstattung der bisher bezogenen finanziellen Sozialhilfe ermöglicht hätte. Die Entäusserung des Vermögenswertes lässt nach den vorliegenden Akten keine andere Absicht plausibel erscheinen als das Motiv, einer allfälligen Rückerstattungsforderung unter Berufung auf fehlende Vermögenswerte bzw. Unzumutbarkeit der Rückerstattung zu begegnen. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht festgehalten, dass es im Falle der Anerkennung der Vermögenslosigkeit im vorliegenden Fall jeder Sozialhilfebezüger in der Hand hätte, sich rechtzeitig eines bevorstehenden Vermögensanfalles zu entäussern, um allfällige Rückerstattungsansprüche zu vereiteln. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wurde bei dieser Sachlage zu Recht bejaht.



**17**

*Art. 37 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 SHG (sGS 381.1) Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und 14 OHG (SR 312.5).* Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die Opferhilfe der Sozialhilfe vorgeht. Dies jedenfalls dann, wenn die Opferhilfe von Anfang an in das Verfahren einbezogen ist, und nicht bloss nachträglich vormundschaftliche Massnahmen zu finanzieren hat, die ohne jeden Einbezug der Opferhilfe angeordnet wurden. Mithin endet die Unterstützungspflicht der Opferhilfe nicht automatisch nach Tätigwerden der Vormundschaftsbehörden. Die Opferhilfe hat nicht den vollen Tagessatz von Fr. 600.– im Schlupfhuus zu übernehmen. Gegenstand der Opferhilfe kann nur das durch die betreffende Person (bzw. deren Eltern) zu finanzierende Kostgeld sein. Dieses hat die Regierung auf Fr. 50.– pro Tag festgesetzt. Weitergehende Kosten entstehen dem Opfer durch den Aufenthalt im Schlupfhuus zum vorneherein nicht, weshalb solche auch nicht von der Opferhilfe zu übernehmen sind.

*Versicherungsgericht, 22. September 2005*

Aus den Erwägungen:

- 1.
- 2.

3. a) Opfer einer Straftat im Sinne des OHG erhalten gemäss Art. 2 Abs. 1 OHG Hilfe «unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat.» Gleich wie im Strafgesetzbuch fällt unter den Begriff der Straftat auch im Opferhilfegesetz ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten; eine schuldhafte Tatbegehung ist jedoch ausdrücklich nicht vorausgesetzt. Ob die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Straftat gegeben sind, bildet erst Gegenstand des Strafverfahrens. Bei den dem Vater der Rekurrentin vorgeworfenen Delikten (wiederholte Tötlichkeiten gegen seine Tochter, Drohung) handelt es sich um Delikte, welche grundsätzlich Anspruch auf Hilfe gemäss Opferhilfegesetz geben. Dies wird von der Vorinstanz auch nicht bestritten. Entsprechend erteilte sie im Sinn von Soforthilfe Kostengutsprache für die Unterbringung der Rekurrentin im Schlupfhuus für 21 Tage sowie für eine Psychotherapie. Im Weiteren geht auch die Vorinstanz ausdrücklich von der Notwendigkeit des weiteren – über 21 Tage dauernden – Verbleibs der Rekurrentin im Schlupfhuus aus. Sie begründet ihre ablehnende Haltung einzig damit, dass sie nicht zahlungspflichtig sei, wenn andere Kostenträger zur Verfügung stünden.

b) Die Vorinstanz beruft sich damit sinngemäss auf Art. 14 OHG. Nach dieser Bestimmung werden Leistungen, die das Opfer als Schadenersatz erhalten hat, von der Entschädigung abgezogen. In gleicher Weise werden Genugtuungsleistungen von der Genugtuung abgezogen. Gestützt darauf macht sie geltend, die Leis-

tungen der Opferhilfe seien subsidiär gegenüber den Leistungen Dritter. Es sei nicht die Idee des OHG, die Sozialhilfe zu entlasten. Unterstützt in dieser Auffassung wird die Vorinstanz durch Weishaupt (Finanzielle Ansprüche nach Opferhilfegesetz, in: SJZ 98 [2002], 329). Nach dieser Autorin entspricht es einhelliger Meinung, dass der Grundsatz der Subsidiarität auch für Leistungen im Rahmen der Beratungshilfe gemäss Art. 3 OHG gilt. Der Wortlaut von Art. 14 OHG, wo die Beratungshilfe nicht erwähnt wird, und die Gesetzessystematik – die fragliche Bestimmung ist unter dem vierten Abschnitt (Entschädigung und Genugtuung) eingeordnet, und nicht beim zweiten Abschnitt (Beratung), worum es hier geht –, vertragen sich jedoch schlecht mit der Auffassung der vorerwähnten Autorin. Zu berücksichtigen ist auch, dass weder in BGE 125 II 236 ff. Erw. 3d und e noch in Pra 2001 Nr. 112 Erw. 4c und d – auf beide Entscheide beruft sich Weishaupt zur Stützung ihrer Meinung – erwähnt wird, die Beratungshilfe gemäss OHG sei ebenfalls subsidiärer Natur. Im Gegenteil, gemäss BGE 125 II 236 Erw. 3b taugt Art. 14 OHG gerade nicht, um die Subsidiarität der Beratungshilfe zu begründen. Hingegen geht für das Bundesgericht aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und auch aus Art. 1 OHG der Hilfscharakter der Opferhilfe eindeutig hervor (Pra 2001 Nr. 112 Erw. 4c; vgl. auch BBI 1983 II 896), weshalb es sich gleichwohl um subsidiäre Leistungen handelt. Nicht nur die Leistungen aus dem OHG haben indessen subsidiären Charakter; Gleiches gilt auch für die Sozialhilfe. Diese bezweckt, der Hilfsbedürftigkeit vorzubeugen, deren Folgen nach Möglichkeit zu beseitigen oder zu mildern und die Selbsthilfe der Hilfebedürftigen zu fördern (Art. 2 Abs. 1 SHG). Persönliche Sozialhilfe wird geleistet, soweit keine Hilfeleistung durch unterstützungspflichtige Verwandte, andere Private oder private Sozialhilfeinstitutionen gewährt wird oder diese nicht rechtzeitig verfügbar ist (Art. 2 Abs. 2 lit. a SHG) und wenn kein Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen oder auf Sozialhilfe nach der besonderen Gesetzgebung besteht (Art. 2 Abs. 2 lit. b SHG). Gleich wie in Pra 2001 Nr. 112 stehen sich demnach auch vorliegend je die subsidiäre Sozial- und Opferhilfe gegenüber. Im Gesetz fehlt eine Koordinationsbestimmung für diese Fallkonstellation. Im Allgemeinen wird jedoch davon auszugehen sein, dass die Opferhilfe der Sozialhilfe vorgeht, sollen doch Opferhilfeleistungen dem Opfer gerade ersparen, dass es als Folge einer Straftat Sozialhilfeleistungen beanspruchen muss (Weishaupt a.a.O.). Ob das im Bereich der zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen anders ist – wie Weishaupt mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung festhält –, ist zumindest fraglich (vgl. auch Kritik bei F. Schlauri, Die Überentschädigungsabschöpfung in der weitergehenden beruflichen Vorsorge, in: R. Schaffhauser/H.-U. Stauffer [Hrsg.], Berufliche Vorsorge 2002, S. 117). Anders als in den dazu publizierten Bundesgerichtsurteilen (Pra 2001 Nr. 112 und BGE 125 II 230) geht es im vorliegenden Fall nicht darum zu entscheiden, ob die Opferhilfe unter dem Titel «weitergehende Hilfe» bereits erbrachte Leistungen im Nachhinein zu finanzieren hat, welche als rein vormundschaftliche Massnahmen ohne jeden Einbezug der Opferhilfe angeordnet wurden. Zwar zeigte sich die zuständige Vor-

mundschaftsbehörde – nach entsprechendem Antrag durch das Schlupfhuus – mit der Platzierung der Rekurrentin im Schlupfhuus einverstanden und entzog gleichzeitig beiden Eltern die Obhut im Sinn einer Kindesschutzmassnahme. Indessen geht aus den Akten klar hervor, dass die Opferhilfe ebenfalls von Anfang an mit einbezogen war, suchte doch die Rekurrentin das Schlupfhuus von sich aus auf und stellte – durch die Leiterin des Schlupfhuus – einen entsprechenden Antrag auf Kostengutsprache. Aus dem Hinweis auf die grundsätzliche Subsidiarität der Opferhilfe lässt sich daher im vorliegenden Fall nichts Entscheidendes ableiten, zumal die Platzierung im Schlupfhuus einzig auf die mutmasslichen Straftaten des Vaters zurückzuführen ist (Entscheid des Versicherungsgerichts vom 26. März 2004 [OH 2002/2 und OH 2003/1, Erw. 4]).

c) Nach dem Gesagten endet somit die Unterstützungspflicht der Opferhilfe nicht automatisch nach 21 Tagen bzw. nach Tätigwerden der Vormundschaftsbehörde. Vielmehr ist auch für die nachfolgende Zeit zu prüfen, ob der weitere Aufenthalt der Rekurrentin im Schlupfhuus unter dem Titel Sofort- oder weitere Hilfe angezeigt war. Letzteres wird von der Vorinstanz grundsätzlich nicht bestritten. Aus dem Bericht des Schlupfhuus zu Händen der Vormundschaftsbehörde geht ebenfalls hervor, dass eine Rückkehr ins Elternhaus nicht mehr in Frage kam. So durfte die Rekurrentin auf Grund der anhaltenden – und von den zuständigen Fachpersonen und vom Beistand als ernst zu nehmend bezeichneten – Gefährdung durch den Vater nicht einmal das Schlupfhuus ohne Fachperson verlassen. Aus demselben Grund konnte sie in den ersten Wochen ihres Aufenthaltes im Schlupfhuus die Lehre und die Gewerbeschule nicht besuchen. Die Rekurrentin wurde während ihres Aufenthaltes auch psychiatrisch und therapeutisch begleitet. Insgesamt ging es beim Aufenthalt darum, die Ablösung von der Familie in die Wege zu leiten, und der Rekurrentin die Beendigung ihrer Lehre zu ermöglichen. Letztere nahm sie ab ... in Angriff. Am ... konnte die Rekurrentin in das Lehrlingswohnheim Varnbühl in St.Gallen übertreten, was auch mit Verfügung der Vormundschaftsbehörde bestätigt wurde. Daraus geht sinngemäss hervor, dass die Bedrohungssituation nach wie vor anhalte und demzufolge eine weitere Fremdplatzierung der Rekurrentin notwendig sei. Die daraus entstehenden Kosten werden offenbar vom Sozialamt im Rahmen der Heimvereinbarung übernommen bzw. der kantonalen Heimverbindungsstelle St.Gallen in Rechnung gestellt (vgl. auch Art. 13 und 14 lit. a der V zur Heimvereinbarung [sGS 387.21]) und sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rekurses. Mithin erscheint der Aufenthalt der Rekurrentin im Schlupfhuus bis ... als durch die mutmasslichen Straftaten des Vaters bedingt und damit als gerechtfertigt. Die dadurch entstehenden Kosten sind deshalb grundsätzlich als Sofort- und weitere Hilfe im Sinn von Art. 3 Abs. 3 OHG von der Vorinstanz zu übernehmen.

d) Streitig ist im Weiteren die Höhe des Tagessatzes. Während die Vorinstanz von einem durch die Opferhilfe zu übernehmenden Tagessatz von Fr. 50.– ausgeht, macht die Rekurrentin geltend, es seien die «vollen Kosten» von Fr. 245.– pro Tag

zu übernehmen. Gemäss Art. 37 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 SHG anerkennt die Regierung beitragsberechtigte Institutionen und werden die politischen Gemeinden zu 50 Prozent an den Kosten beteiligt. In Ausführung dieser Vorgaben wurde in Art. 1 des Grossratsbeschlusses über den Staatsbeitrag an das Kinderschutzzentrum St.Gallen vom 8. November 2001 (sGS 325.919) die Beteiligung des Staates an der Stiftung Ostschweizer Kinderspital St.Gallen grundsätzlich festgelegt. Gemäss Botschaft der Regierung zu diesem Grossratsbeschluss vom 18. April 2001 wird auch das Schlupfhuus als beitragsberechtigte Institution anerkannt. Die anfallenden Kosten des Schlupfhuus (d. h. ein Betriebsaufwand von über Fr. 600.– je Kind und Tag) werden dabei zu einem geringen Teil durch Kostgelder der Eltern finanziert. Der grosse Rest wird vom Kanton und den Gemeinden je hälftig übernommen, wobei bei den Gemeinden einerseits die Einwohnerzahl als auch die Anzahl Aufenthaltstage schutzbedürftiger Personen mit Wohnsitz in der jeweiligen Gemeinde im Schlupfhuus für den Verteilschlüssel massgebend sind (Ziff. 8.1 ff. und 9.1 der Botschaft, in: ABl 19/2001, S. 1035 ff.; vgl. auch Art. 38 Abs. 1 SHG). Mithin handelt es sich bei den gemäss Grossratsbeschluss durch die Gemeinden zu finanzierenden Beiträgen um Leistungen, welche als gesetzliche Leistungen dieser Gemeinwesen an das Schlupfhuus von vornherein nicht auf die Opferhilfe (und damit letztlich wieder auf den Kanton) abgewälzt werden können. Gegenstand der Opferhilfe kann nur das durch die betroffenen Personen (bzw. deren Eltern) zu finanzierende Kostgeld sein. Dieses hat die Regierung gestützt auf Art. 37 Abs. 1 lit. b SHG auf Fr. 50.– festgesetzt. Weitere Kosten entstehen dem Opfer durch den Aufenthalt im Schlupfhuus von vornherein nicht, weshalb solche auch nicht von der Opferhilfe zu übernehmen sind.

**18**

*Art. 2 Abs. 1 GIVU (sGS 911.51); Art. 2 Abs. 2, Art. 285 und 287 ZGB (SR 210).* Grundlage für die Alimentenbevorschussung bildet ein vollstreckbares Urteil oder ein Unterhaltsvertrag im Sinne von Art. 287 ZGB. Unterhaltsverträge werden erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde für das Kind verbindlich und vollstreckbar. Sofern kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorliegt, d. h. sofern nicht offensichtlich übersetzte Unterhaltsbeiträge alleine mit Blick auf die Bevorschussung vereinbart und von der Vormundschaftsbehörde genehmigt wurden, sind die vollstreckbaren Unterhaltsbeiträge, die vom Elternteil nicht erhältlich sind, im Rahmen des GIVU zu bevorschussen. Im GIVU findet sich auch keine Bestimmung, wonach die Bevorschussungsstelle selber die (bereits durch die Vormundschaftsbehörde oder das Gericht) genehmigten Unterhaltsbeiträge (nochmals) selbständig und unabhängig darauf prüfen könnte, ob diese mit Art. 285 ZGB zu vereinbaren sind.

*Versicherungsgericht, 21. September 2005*

Aus den Erwägungen:

1.

2. a) Gemäss Art. 2 Abs. 1 GIVU hat das Kind für die Dauer der Unterhaltspflicht der Eltern, längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr, Anspruch auf Vorschüsse für elterliche Unterhaltsbeiträge, wenn diese in einem vollstreckbaren Urteil oder in einem Unterhaltsvertrag nach Art. 287 des schweizerischen Zivilgesetzbuches festgesetzt sind und trotz angemessener Inkassoersuche nicht rechtzeitig eingehen. Nach Art. 2 Abs. 2 GIVU werden Unterhaltsbeiträge bevorschusst, die ab Beginn des Monats fällig werden, in dem die Anmeldung des Anspruchs erfolgt, und die in den letzten drei Monaten vor Anmeldung des Anspruchs fällig geworden sind. Der Unterhaltsbeitrag wird bis zum Betrag der höchsten Waisenrente der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung bevorschusst, wenn das anrechenbare Einkommen das Mindesteinkommen nicht übersteigt bzw. teilweise bevorschusst, wenn das anrechenbare Einkommen die Bevorschussungsgrenze nicht übersteigt (Art. 4 GIVU).

b) Im vorliegenden Fall streitig und zu prüfen ist die Frage, ob die Rekurrentin Anspruch auf Bevorschussung der Kinderunterhaltsbeiträge für ihre Tochter hat. Die Vorinstanz verneint einen solchen Anspruch, da der durch die Vormundschaftsbehörde genehmigte Unterhaltsvertrag in rechtsmissbräuchlicher Weise einzig zum Zwecke der Alimentenbevorschussung abgeschlossen worden und mit Art. 285 ZGB nicht vereinbar sei.

3. a) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs findet seine Grundlage in Art. 2 Abs. 2 ZGB. Für den Begriff Rechtsmissbrauch gibt es allerdings keine allgemein gültige

Definition. In der Literatur werden verschiedene Fallgruppen aufgeführt, unter anderem die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts bzw. die zweckwidrige Rechtsausübung (Regina Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in: SZS 2004 S. 3, mit Hinweis auf Heinrich Honsell, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2002, N 51 zu Art. 2 ZGB). Dass der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet, gilt nicht nur für den Bereich des Privatrechts, sondern als allgemeines Rechtsprinzip für die Gesamtrechtsordnung (vgl. H. Honsell, a. a. O., N 4 zu Art. 2 ZGB, mit Hinweisen). Da der Umschreibung des Rechtsmissbrauchs eine Unschärfe anhaftet, ist gemäss dem Willen des Gesetzgebers der Rechtsschutz nicht bei jedem, sondern nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch zu verweigern. Bestehen Zweifel an der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Vorgehens, so ist der Rechtsschutz nicht zu versagen (H. Honsell, a. a. O., N 27 zu Art. 2 ZGB).

b) Im vorliegenden Fall macht die Vorinstanz einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne einer zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstituts der Alimentenbevorschussung geltend. Demnach liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt (H. Honsell, a. a. O., N 51 zu Art. 2 ZGB).

c) Die Alimentenbevorschussung ist zusammen mit der Inkassohilfe das wichtigste Instrument der Sicherung des Kinderunterhalts (Cyrill Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz 23.15). Das Kind soll nicht erst Anspruch auf öffentliche Hilfe haben, wenn es Not leidet, sondern sobald seine Eltern mit der Erfüllung der Unterhaltspflicht säumig sind (BBI 1974 II 66). Die familienrechtliche Unterhaltspflicht wird somit durch die Alimentenbevorschussung ergänzt. Bei dieser leistet das Gemeinwesen dem Kind Zahlungen auf Rechnung der kraft Urteils oder Vertrages geschuldeten, aber nicht oder nicht rechtzeitig bezahlten Unterhaltsbeiträge und fordert sie vom säumigen Elternteil zurück. Weder das Kind noch der andere Elternteil haften für die Rückzahlung (vgl. C. Hegnauer, a. a. O., Rz 23.13). Sinn und Zweck der Alimentenbevorschussung ist es somit, dass das Inkassorisiko von Kinderunterhaltsbeiträgen nicht dem Kind, sondern dem Gemeinwesen obliegt. Das st.gallische GIVU sieht daher zu Recht insbesondere bei (momentan) fehlender Leistungsfähigkeit bzw. Leistungswilligkeit des Unterhaltspflichtigen keinen Ausschluss der Alimentenbevorschussung vor (dies im Gegensatz zum vom Bundesgericht im Entscheid BGE 106 II 283 zu beurteilenden Gesetz des Kantons Neuenburg vom 19. Juni 1978; dieser Entscheid wurde insbesondere von Breitschmid kritisiert [vgl. Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., N 3 zu Art. 293 ZGB mit Hinweisen]). Ein offenkundiger Missbrauch kann daher nur dann vorliegen, wenn übersetzte Unterhaltsbeiträge nur deshalb vereinbart wurden, um eine möglichst hohe Bevorschussung auszulösen (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St.Gallen, Einzelrichter im

Zivilrecht, vom 28. Juni 2005, RF. 2005.41, zur Publikation vorgesehen in: Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 7 des Kantonsgerichts St.Gallen).

d) Im vorliegenden Fall gibt es einzelne Indizien, welche für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs sprechen. So übertrifft die Höhe des vereinbarten Unterhaltsbeitrags den Betrag, der maximal bevorschusst werden kann (bis 31. Dezember 2004: Fr. 844.–/Monat, seit 1. Januar 2005: Fr. 860.–/Monat). Den ab 1. Januar 2002 effektiv vereinbarten Unterhaltsbeitrag von 600.– hat der Unterhaltspflichtige sodann nie bezahlt. Da der Kindsvater im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits seit längerer Zeit keine Kinderunterhaltsbeiträge mehr erbracht hatte, erscheint es naheliegend, dass die Rekurrentin mit dem Abschluss des Unterhaltsvertrags eine Sicherstellung des Kinderunterhalts auch beim Ausbleiben von weiteren Zahlungen des Kindsvaters anstrebte. Das allein macht jedoch den abgeschlossenen Unterhaltsvertrag nicht bereits offenkundig rechtsmissbräuchlich. So spricht gegen das Vorliegen eines Missbrauchs der Umstand, dass der Unterhaltsvertrag vom 26. Juni 2003 vom Beistand des Kindes, eines Mitarbeiters der Amtsvormundschaft und damit der Vorinstanz selbst, ausgearbeitet worden ist. Dabei ist unklar, wer die Höhe von monatlich € 600.– vorgeschlagen hat. Offenbar hatte jedoch der Kindsvater zuvor bis ins Jahr 2001 Unterhaltsleistungen erbracht, wobei deren Höhe nicht bekannt ist. Ebenso soll der Unterhaltspflichtige im Jahr 2004 Unterhaltszahlungen von gesamthaft Fr. 1700.– geleistet haben. Wie bereits ausgeführt könnte nur dann von einem offenkundigen Rechtsmissbrauch gesprochen werden, wenn bei klar fehlender Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen übersetzte Unterhaltsbeiträge nur deshalb vereinbart wurden, um eine möglichst hohe Bevorschussung auszulösen. Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht einzig mit der bereits im Beschluss der Vormundschaftsbehörde erwähnten eidesstattlichen Erklärung des Kindsvaters betreffend Zahlungsunfähigkeit aus dem Jahre 1993 seine Leistungsfähigkeit auf Dauer ausgeschlossen werden. Dagegen sprechen die von ihm trotz dieser eidesstattlichen Erklärung effektiv erbrachten Unterhaltszahlungen und die Möglichkeit, eine Heraufsetzung des Existenzminimums aufgrund der Unterhaltspflicht zu verlangen (vgl. § 278 Abs. 1 der deutschen Insolvenzordnung) und sich einer Restschuldbefreiung gemäss deutschem Insolvenzrecht zu unterziehen (vgl. § 286 ff. der deutschen Insolvenzordnung). Der Umstand, dass der Kindsvater zudem im Jahr 2004 eine Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags bei der Vormundschaftsbehörde beantragt haben soll, ist ein weiteres Indiz dafür, dass kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Aufgrund der vorliegenden Akten kann jedenfalls nicht von einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch gesprochen werden.

4. a) Da im vorliegenden Fall das Vorliegen eines offenbaren Rechtsmissbrauchs nicht ausgewiesen ist, stellt sich die Frage, ob das Sozialamt berechtigt war, den von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Unterhaltsvertrag als für die Alimentenbevorschussung unverbindlich anzusehen, weil er den Voraussetzungen von Art. 285 ZGB nicht entsprechen soll. Die Vorinstanz beruft sich diesbezüg-

lich einerseits auf eine Lehrmeinung von Breitschmid und andererseits auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern (BVR 2001 S. 440 ff.).

b) Im Entscheid BVR 2001 S. 440 ff. hatte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen zu beurteilen, welche von mündigen Kindern mit ihrem Vater vereinbart und nicht von der Vormundschaftsbehörde genehmigt worden waren. Der dort beurteilte Fall kann somit mit der vorliegenden Konstellation, wo ein Unterhaltsvertrag durch die Vormundschaftsbehörde selbst ausgearbeitet und genehmigt worden ist, nicht verglichen werden. In einem früheren Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19. September 1997 (vgl. BVR 1998 S. 215 ff.) hatte dieses zudem festgehalten, dass die bevorschussende Vormundschaftsbehörde auch bei noch nicht genehmigten Unterhaltsverträgen grundsätzlich an die von den Parteien festgesetzte Höhe der Unterhaltsbeiträge gebunden sei, sofern diese die maximale einfache Waisenrente nicht überschreite, vorbehalten bleibe der Rechtsmissbrauch (BVR 1998 S. 219 f.). Nach Hegnauer könnte das kantonale Recht vorsehen, dass Vorschüsse auf Grund selbstständiger Einschätzung der Leistungsfähigkeit des Schuldners bemessen werden, wenn pflichtwidrig im Säumnisverfahren oder durch Vertrag Beiträge festgesetzt worden sind, welche die Leistungsfähigkeit des Schuldners offensichtlich übersteigen (vgl. C. Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, Art. 293 N 31). Im konkreten Fall hat jedoch das kantonale Recht gerade keine solche gesetzliche Regelung vorgesehen. Ebenso wie im bernischen Recht fehlt im st.gallischen Recht eine gesetzliche Bestimmung, wonach die bevorschussende Behörde einen von der Vormundschaftsbehörde genehmigten oder einen gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeitrag auf die Übereinstimmung mit Art. 285 ZGB überprüfen kann. Mangels gesetzlicher Grundlage kann daher auch der Meinung von Breitschmid, wonach die bevorschussende Behörde selbstständig und unabhängig von gerichtlicher bzw. vormundschaftsbehördlicher Genehmigung die quantitativen Anspruchsvoraussetzungen prüfen könne, nicht gefolgt werden. Es erscheint zudem fraglich, ob die Meinung von Breitschmid sich tatsächlich auf eine Fallkonstellation wie die vorliegende bezieht. So zitiert er in diesem Zusammenhang ausdrücklich drei in der Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) erschienene Aufsätze von Hegnauer (vgl. Breitschmid, a. a. O., Rz 5 zu Art. 293 ZGB). In diesen Aufsätzen hat Hegnauer jedoch ausdrücklich festgehalten, dass bei offensichtlich ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen festgesetzter Unterhaltsbeiträge eine Bevorschussung nur gekürzt oder aufgehoben werden kann, wenn das kantonale Bevorschussungsrecht dies vorsieht (vgl. C. Hegnauer, Elterliche Unterhaltspflicht, Leistungsunfähigkeit und Bevorschussung, in: ZVW 1986 S. 63 E. 6; C. Hegnauer, Genehmigung von Unterhaltsverträgen [Art. 287 ZGB] und Alimentenbevorschussung, in: ZVW 1987 S. 98 E. 5; C. Hegnauer, Alimentenbevorschussung – Verrechnung, in: ZVW 1989 S. 73 E. 5). Aus der Kommentirstelle von Breitschmid ergibt sich somit nicht, dass dieser die Ansicht vertritt, die Bevorschussungsstelle sei ohne weitere gesetzliche Grundlage im kantonalen Bevorschussungsrecht befugt,



die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen selbstständig zu prüfen und bei fehlender Leistungsfähigkeit die Bevorschussung abzulehnen. Gerade im vorliegenden Fall, wo die Vormundschaftsbehörde einen Unterhaltsvertrag aufgesetzt und genehmigt hat, macht es wenig Sinn und erscheint auch unter dem Grundsatz von Treu und Glauben äusserst fragwürdig, wenn das Sozialamt des gleichen Gemeinwesens den selben Unterhaltsvertrag noch einmal inhaltlich überprüfen würde. Dabei gilt zu berücksichtigen, dass die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen keineswegs so einfach und eindeutig ist, wie dies das Sozialamt und die Vorinstanz annehmen. Zwar trifft es zu, dass das Bundesgericht in mehreren Entscheiden festgehalten hat, dass bei der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen der betreibungsrechtliche Notbedarf des Unterhaltspflichtigen zu respektieren ist (vgl. BGE 126 III 353 und 127 III 68). Dies betrifft jedoch einzig diejenigen Fälle, bei welchen die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen eindeutig feststeht. Gerade in Fällen wie dem vorliegenden, bei welchem der Unterhaltspflichtige trotz betreibungsrechtlicher Pfändung während Jahren Unterhaltsbeiträge zahlen konnte und im Übrigen auch Möglichkeiten hätte, sich zu entschulden, würde wohl auch ein Zivilgericht bei der Festsetzung des Kinderunterhaltsbeitrags nicht von einer fehlenden Leistungsfähigkeit ausgehen. Die Annahme eines hypothetischen Einkommens ist jedoch immer ein Ermessensentscheid. Da die Überprüfung von Unterhaltsverträgen auf die Vereinbarkeit mit Art. 285 ZGB in der Stadt St. Gallen der Vormundschaftsbehörde obliegt, hat diese eine viel breitere Erfahrung bei der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen als das Sozialamt. Eine selbstständige Überprüfung von von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Unterhaltsbeiträgen im Rahmen der Alimenterbevorschussung auf die Übereinstimmung mit Art. 285 ZGB ist daher mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen. Dem Sozialamt ist es jedoch unbenommen, der Vormundschaftsbehörde anzuzeigen, wenn Anzeichen vorliegen, dass in einem Unterhaltsvertrag missbräuchlich hohe Unterhaltsbeiträge im Hinblick auf die Bevorschussung abgeschlossen worden wären. Gerade wenn die Vormundschaftsbehörde ihrerseits von den Vertragsparteien bezüglich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse getäuscht worden wäre, könnte sie auf ihre Genehmigungsverfügung wieder zurückkommen, indem sie diese widerruft (vgl. Art. 28 Abs. 1 VPR).

## 6. Strassenverkehr

---

### 19

*Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG (SR 741.01).* Kann bei einer Auffahrkollision die durch den Lenker verursachte Gefahr zufolge ungenügender Aufmerksamkeit nicht mehr als gering eingestuft werden, liegt zumindest eine mittelschwere Widerhandlung im Sinn von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG vor.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 19. Oktober 2005*

AX fuhr am 20. Mai 2005, um ca. 15.25 Uhr, mit seinem PW auf der Autobahn A1 von Winterthur in Richtung Bern. Im Bereich des Autobahnanschlusses Zürich-Affoltern verursachte er auf der Überholspur eine Auffahrkollision. Es entstand Sachschaden an allen drei in den Unfall verwickelten Fahrzeugen; Personen wurden nicht verletzt. Vom zuständigen Statthalteramt wurde AX wegen Nichtbeherrschens des Fahrzeugs mit Fr. 500.– gebüsst. Das Strassenverkehrsamt entzog ihm seinerseits den Führerausweis für die Dauer von einem Monat. Mit dem Antrag, von einem Führerausweisentzug sei abzusehen, erhob der Betroffene Rekurs.

Aus den Erwägungen:

4. Die Vorinstanz hat die vom Rekurrenten begangene Verkehrsregelverletzung als mittelschwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften im Sinn von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG qualifiziert. Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die Gefährdung habe sich mit dem Verursachen der Auffahrkollision konkretisiert. Das Verschulden könne nicht mehr als leicht eingestuft werden. . . . Der Rekurrent bringt in diesem Zusammenhang vor, er sei vermutlich für Sekundenbruchteile unaufmerksam gewesen. Möglicherweise habe er auch zu wenig Abstand gehabt, wobei es unmöglich sei, an einem Freitagnachmittag auf der A1 Richtung Gubristtunnel den Abstand einzuhalten. Indem er zudem beantragt, es sei von einem Entzug des Führerausweises abzusehen, macht er sinngemäss geltend, die Widerhandlung sei als leicht zu qualifizieren.

a) Gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG begeht eine leichte Widerhandlung, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine geringe Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft und ihn dabei nur ein leichtes Verschulden trifft.

aa) Nach dem bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Recht war ein leichter, zu einer Verwarnung führender Fall anzunehmen, wenn die Voraussetzungen für den fakultativen Entzug des Führerausweises erfüllt waren, der Fall aber unter Berücksichtigung des Verschuldens und des Leumunds als Motorfahrzeugführer als leicht erschien (vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 2 in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Strassenverkehrsgesetzes, AS 1959 S. 679, abgekürzt aSVG; Art. 31 Abs. 2 Satz 2 in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung der Verordnung

über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr, AS 1976 S. 2423, abgekürzt: aVZV). Das Bundesgericht hat zum früheren Recht die wiederholt bestätigte Rechtsprechung, wonach bei der Beurteilung des leichten Falles unter anderem auch die Schwere der Verkehrsgefährdung zu berücksichtigen sei, geändert und ist gestützt auf den Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 aVZV und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zum Schluss gekommen, selbst bei einer schweren Verkehrsgefährdung, die durch eine bloss geringfügige Unachtsamkeit und entsprechend geringem Verschulden hervorgerufen werde, könne ein leichter Fall gegeben sein. Es hat festgehalten, beim Warnungsentzug dürfe die Sanktion das Mass des Verschuldens nicht übersteigen. Bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliege, dürften und müssten die objektiven Umstände des Einzelfalles herangezogen werden, doch könnten diese nur zu einer härteren Massnahme führen, soweit sie auch verschuldensmässig von Bedeutung seien (vgl. BGE 125 II 561 E. 2a und b).

Mit der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Änderung des Strassenverkehrsgesetzes ist der Gesetzgeber im Bereich der Administrativmassnahmen von diesem Ansatz der zentralen Bedeutung des Verschuldens abgekommen, indem er einerseits das geringe Ausmass der Gefährdung ausdrücklich als Kriterium für die Annahme einer leichten Widerhandlung eingeführt hat (Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG) und andererseits die Gefährdung der Verkehrssicherheit noch vor dem Verschulden als erstes Kriterium für die Bemessung der Dauer des Warnungsentzugs nennt (Art. 16 Abs. 3 SVG). Damit räumt Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG der Schwere der Verkehrsgefährdung eine eigenständige Stellung ein, die über deren Bedeutung für das Verschulden im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinausgeht.

bb) Im Recht der Administrativmassnahmen liegen der gesetzlichen Kategorisierung der Widerhandlungen gegen Strassenverkehrsvorschriften verschiedene Gefährdungsstufen zugrunde. Von der konkreten Gefährdung der körperlichen Integrität anderer Personen ist deren abstrakte Gefährdung zu unterscheiden, die «einfach» oder «erhöht» sein kann. Die einfache abstrakte Gefährdung zieht kein Administrativmassnahmeverfahren nach sich (vgl. Art. 16 Abs. 2 SVG). Bei der erhöhten abstrakten Gefährdung ist zwischen dem besonders leichten (vgl. Art. 16a Abs. 4 SVG; Verzicht auf jegliche Massnahme), dem leichten (vgl. Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG; je nach automobilistischer Vorgeschichte Verwarnung oder Entzug des Führerausweises), dem mittelschweren (Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG; Entzug des Führerausweises) und dem schweren Fall (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG; Entzug des Führerausweises) zu unterscheiden (vgl. dazu R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 180 ff.).

Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG umschreibt die leicht erhöhte abstrakte Gefährdung als «geringe Gefahr für die Sicherheit anderer». In der Botschaft wird auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen, wonach darunter z. B. Geschwindigkeitsüberschreitungen fallen, die nur leicht über den Widerhandlungen nach Anhang 1

OBV liegen, sofern nicht erschwerende Umstände hinzukommen (vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4462 ff.). Eine weitere Konkretisierung des Begriffs der «geringen Gefahr» ist der Botschaft nicht zu entnehmen. Immerhin deutet der Verweis auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts aber darauf hin, dass sich die Abgrenzungen zwischen den einzelnen Stufen der abstrakten Gefährdung weiterhin an der zum früheren Recht entwickelten Praxis und Rechtsprechung ausrichten sollen.

Wenn im Strassenverkehrsgesetz von der «Sicherheit anderer» die Rede ist, ist damit das Schutzgut der körperlichen Integrität («Leib und Leben») und Gesundheit anderer Personen, seien sie Verkehrsteilnehmer oder sonst wie mögliche Gefährdete, gemeint. Die Verkehrsregeln sind als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet, so dass deren Verletzung den Tatbestand der Gefahr selbst nicht als Deliktsmerkmal enthält. Der Gesetzgeber knüpft vielmehr Sanktionen oder Massnahmen an ein Verhalten, das generell geeignet ist, das geschützte Rechtsgut zu gefährden oder zu verletzen. Abstrakte Gefährdungstatbestände bedrohen mithin ein Verhalten wegen seiner typischen Gefährlichkeit allgemein mit Strafe oder Massnahme. Es kommt nicht darauf an, ob im Einzelfall tatsächlich ein Rechtsgut gefährdet wurde. Eine abstrakte Gefährdung genügt (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, Rz. 2255–2257; Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. Aufl. 1998, S. 77).

«Gefährdung» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und in besonderem Mass der Auslegung bedürftig (vgl. Schaffhauser, Grundriss, a. a. O., Rz. 2258). Eine allgemeine abstrakte Gefährdung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann anzunehmen, wenn keine anderen Verkehrsteilnehmer vom Fehlverhalten des Rekurrenten hätten betroffen werden können. Für die Abstufung innerhalb der erhöhten abstrakten Gefährdung ist auf die Nähe die Verwirklichung der Gefahr abzustellen. Je näher die Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung liegt, umso schwerer wiegt die erhöhte abstrakte Gefährdung (vgl. BGE 118 IV 285 E. 3a). Der Überhang der Typik bei den Gefährdungsdelikten über den Einzelfall verlangt zudem die Berücksichtigung des Ausmasses der üblicherweise entstehenden Schädigung bei Eintritt der Rechtsgutverletzung.

b) Der Rekurrent war am Freitagnachmittag um 15.25 Uhr auf der Autobahn A1 beim Anschluss Zürich-Affoltern auf der Überholspur in Richtung Bern unterwegs. Es herrschte gemäss Angaben im Polizeirapport starker Verkehr. Der Rekurrent selbst geht davon aus, dass es um diese Tageszeit vor dem Gubristtunnel kaum möglich sei, den notwendigen Sicherheitsabstand einzuhalten. Auch er schätzt das Verkehrsaufkommen also als hoch ein. Unaufmerksamkeiten, auch wenn sie lediglich von kurzer Dauer sind, führen angesichts der unvermeidlich sich im Gefahrenbereich des eigenen Fahrzeugs bewegenden anderen Verkehrsteilnehmer zu erhöhten abstrakten Gefährdungen. Der vom Rekurrenten verursachte Unfall zog zwar lediglich Sachschaden nach sich, zeigt aber, dass im Fall einer Realisation der

Gefährdung mit Unfällen zu rechnen ist, die geeignet sind, nebst erheblichem Sach- auch Personenschaden nach sich zu ziehen. Im konkreten Fall ist aus den Angaben der Beteiligten zu den von ihnen eingehaltenen Geschwindigkeiten – vorausfahrendes Fahrzeug rund 60 km/h, Rekurrent 90 bis 100 km/h – abzuleiten, dass der Rekurrent nicht nur das Bremsmanöver relativ spät, sondern vorher auch eine beträchtliche Geschwindigkeitsdifferenz nicht wahrgenommen hat. Dies deutet auf eine ungenügende Aufmerksamkeit während einer Dauer hin, die insbesondere angesichts der Verkehrsdichte und der relativ hohen Geschwindigkeiten typischerweise eine erhöhte abstrakte Gefährdung in sich birgt, die nicht mehr als gering bezeichnet werden kann.

c) Ist die Gefahr, die der Rekurrent durch die ungenügende Aufmerksamkeit angesichts des dichten Verkehrs und der relativ hohen Geschwindigkeiten verursacht hat, nicht mehr als gering einzustufen, kann nicht mehr von einer leichten Widerhandlung im Sinn von Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG ausgegangen werden. Die Qualifikation des Verschuldens kann unter diesen Umständen im Zusammenhang mit der Qualifikation der Widerhandlung offen bleiben. Mithin ist von einer mittelschweren Widerhandlung im Sinn von Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG auszugehen.

## 20

*Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG (SR 741.01).* Zum Nachweis der mangelnden Fahreignung zufolge Drogenkonsums – Kokain, Amphetamine und MDMA (Ecstasy) – ist die Haaranalyse zusammen mit anderen Befunden eines der verlässlichsten Beweismittel.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 25. Mai 2005*

BC besitzt den Führerausweis der Kategorie B seit dem Jahr 1993. Sie ist im ADMAS-Register nicht verzeichnet. Am 3. August 2004, um 23.47 Uhr, lenkte sie in S. ein Motorfahrzeug und fiel der Polizei wegen eines Fahrfehlers auf. Sie wurde zur Kontrolle angehalten. Der wegen starken Alkoholgeruchs durchgeführte Atemlufttest verlief belastend. Ausserdem fand die Polizei in ihrer Handtasche vier Minigripsäcklein mit weissen Rückständen (Kokain). Die Analyse der daraufhin entnommenen Blut- und Urinprobe ergab einerseits für den Zeitpunkt der Kontrolle eine minimale Blutalkoholkonzentration von 0,53 Gew.‰ und andererseits einen erhöhten, aber unterhalb des Cut-Off liegenden Messwert. Wegen Zweifeln an der Fahreignung von BC ordnete das Strassenverkehrsamt mit Zwischenverfügung vom 15. September 2004 eine spezialärztliche Untersuchung beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich an. Die Untersuchung fand am 29. Oktober

2004 statt. Eine dabei sichergestellte Haarprobe wurde am 21. Dezember 2004 chemisch-toxikologisch untersucht. Im Gutachten von 6. Januar 2005 kam der Verkehrsmediziner zum Schluss, dass die Fahreignung von BC wegen einer erheblichen Drogenproblematik mit ableitbarem Suchtcharakter derzeit nicht befürwortet werden könne. Das Strassenverkehrsamt verfügte daraufhin einen Führerausweisentzug auf unbestimmte Zeit wegen Drogenabhängigkeit (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG). Mit dem (Haupt-)Antrag, von einem Führerausweisentzug sei abzusehen, eventuell sei der Führerausweis mit sinnvollen Bedingungen und Auflagen zu verbinden, erhob die Betroffene Rekurs.

Aus den Erwägungen:

4. a) ...

b) Der Führerausweis ist zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Führerausweisentzüge wegen fehlender Fahreignung dienen der Sicherung des Verkehrs vor ungeeigneten Führern. Der Ausweis wird auf unbestimmte Zeit entzogen, unter anderem wenn eine Person an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (vgl. Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG). Dazu gehören beispielsweise Alkohol-, Betäubungs- und Arzneimittelabhängigkeit (vgl. Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) vom 31. März 1999, Separatdruck, S. 30). Die Bestimmung ersetzt Art. 14 Abs. 2 lit. c aSVG (vgl. R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 218). Für die Trunksucht im Sinn von Art. 14 Abs. 2 lit. c aSVG hat das Bundesgericht in BGE 104 Ib 46 (E. 3a) ausgeführt, diese sei gegeben, wenn der Betroffene regelmässig so viel Alkohol konsumiere, dass seine Fahrfähigkeit vermindert werde und er diese Neigung zum übermässigen Alkoholgenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden vermag. Vergleichbares gilt auch für die Drogensucht. Zu berücksichtigen sind hierbei Unterschiede hinsichtlich der Wirkung der Stoffe auf den menschlichen Organismus. Die Abhängigkeit von der Droge müsse derart sein, so führt das Bundesgericht weiter aus, dass der Befallene mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt sei, sich ans Steuer eines Fahrzeugs in einem – dauernden oder zeitweiligen – Zustand zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleiste (vgl. BGE 105 Ib 385 E. 1b, 120 Ib 305 E. 3c mit Hinweisen). Sowohl Kokain als auch Amphetamine und MDMA (Ecstasy) vermögen – ebenso wie Alkohol – durch ihre Wirkungen verkehrsgefährdende Leistungsstörungen hervorzurufen (vgl. St.Harbot, Rauschmitteleinnahme und Fahrsicherheit, Stuttgart et al. 1996, S. 117 Rz. 261 betreffend MDMA, S. 125 Rz. 289 betreffend Kokain, S. 130 Rz. 306 betreffend Amphetamine).

Der Sicherungsentzug wegen eines Suchtleidens, das die Fahreignung ausschliesst, wird auf unbestimmte Zeit angeordnet (vgl. Art. 16d Abs. 1 SVG). Gemäss Art. 17 Abs. 3 SVG kann der auf unbestimmte Zeit entzogene Lernfahr- oder Führerausweis bedingt und unter Auflagen wiedererteilt werden, wenn eine allfäll-

lige gesetzliche oder verfügte Sperrfrist abgelaufen ist und die betroffene Person die Behebung des Mangels nachweist, der die Fahreignung ausgeschlossen hat. Für den Nachweis der Heilung von einem Suchtleiden wird in der Regel eine mindestens einjährige kontrollierte Abstinenz verlangt. Der Sicherungsentzug greift damit tief in den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen ein. Nach der Rechtsprechung ist daher in jedem Fall und von Amtes wegen eine genaue Abklärung der persönlichen Verhältnisse und insbesondere der Trinkgewohnheiten bzw. der Konsumgewohnheiten bezüglich anderer Drogen des Betroffenen vorzunehmen. Das Ausmass der notwendigen behördlichen Nachforschungen, namentlich die Frage, ob ein medizinisches Gutachten eingeholt werden soll, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und liegt im pflichtgemässen Ermessen der Entzugsbehörde. Bei Drogensucht ist die Entzugsbehörde in aller Regel verpflichtet, ein gerichtsmedizinisches Gutachten einzuholen. Ein Verzicht auf eine spezialärztliche Begutachtung ist nur ausnahmsweise, etwa in Fällen offensichtlicher, schwerer Drogenabhängigkeit, gerechtfertigt (vgl. BGE 129 II 82 E. 2.2). Indem die Vorinstanz eine spezialärztliche Begutachtung angeordnet hat und auf das verkehrsmedizinische Gutachten vom 6. Januar 2005 des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich abgestellt hat, ist sie ihrer behördlichen Verpflichtung zur Klärung des Sachverhalts grundsätzlich gerecht geworden. Da sie die Schlussfolgerungen des Verkehrsmediziners als widerspruchsfrei und nachvollziehbar beurteilt hat, war sie auch nicht verpflichtet, weitere Abklärungen beispielsweise in Form eines zusätzlichen Gutachtens zu treffen.

c) Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz der Rekurrentin gestützt auf das verkehrsmedizinische Gutachten und die Akten den Führerausweis in Anwendung von Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG zu Recht wegen eines Suchtleidens auf unbestimmte Zeit entzogen hat. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob sie das verkehrsmedizinische Gutachten, welches die Fahreignung der Rekurrentin wegen einer Drogenproblematik mit abgeleitetem Suchtcharakter zu Recht als widerspruchsfrei, schlüssig und überzeugend beurteilt hat.

aa) Das verkehrsmedizinische Gutachten vom 6. Januar 2005 stützt sich einerseits auf die Vorgeschichte und den Untersuchungsgrund sowie die Angaben der Rekurrentin anlässlich der Untersuchung vom 29. Oktober 2004, andererseits auf die Ergebnisse dieser Untersuchung und der Analysen der gleichentags der Rekurrentin abgenommenen Blut-, Urin- und Haarproben. . .

bb) . . .

cc) Das verkehrsmedizinische Gutachten vom 6. Januar 2005 erscheint widerspruchsfrei. Insbesondere steht die Feststellung, die Rekurrentin habe im Jahr 2004 nicht nur Amphetamin und MDMA (Ecstasy), sondern vor allem auch erheblich Kokain konsumiert, nicht im Widerspruch mit dem die Analyse der Haarprobe betreffenden chemisch-toxikologischen Untersuchungsbericht des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich, der von einer forensischen Toxikologin und von einem Oberassistenten unterzeichnet ist. Untersucht wurden von den etwa

28 cm langen, am 29. Oktober 2004 entnommenen Haaren der Rekurrentin die kopfseitigen 9 cm. Unter Berücksichtigung der am Kopf verbleibenden Stoppeln und Haarwurzeln und eines durchschnittlichen Wachstums des Haars von 1 cm pro Monat gibt die Analyse Auskunft über den durchschnittlichen Konsum der untersuchten Stoffe in der Zeit zwischen Mitte Oktober und Mitte Januar 2004. Die untersuchte Probe wurde in ein erstes Segment von 3 cm (kopfseitig) und ein zweites Segment von 6 cm aufgeteilt. Das erste Segment widerspiegelt damit den Konsum etwa im Zeitraum zwischen Mitte Oktober und Mitte Juli 2004, das zweite Segment jenen im Zeitraum zwischen Mitte Juli und Mitte Januar 2004.

Bezüglich Kokain und einen Kokain-Metaboliten ergaben sich Gehalte für das erste Segment von 6 200 ng/g und von 2 500 ng/g sowie für das zweite Segment von 20 000 ng/g und von 9 300 ng/g. Aus der Konzentration im zweiten Segment wird auf einen mittelstarken Konsum in der Zeit von Mitte Januar bis Mitte Juli 2004 geschlossen. Der Konzentrationsabfall vom zweiten zum ersten Segment wird als nicht so deutlich eingestuft, wie dies der Fall wäre, wenn in der Zeit von Mitte Juli bis Mitte Oktober 2004 überhaupt kein Kokain mehr konsumiert worden wäre. Wenn ein Nullkonsum für diesen Zeitraum also für eher unwahrscheinlich gehalten wird, stimmt dies mit dem Ergebnis der Analyse der am 3. August 2004 entnommenen Urinprobe überein. Damals wurde festgestellt, die Rekurrentin habe im Zeitraum von ein bis drei Tagen vor der Urinentnahme Kokain konsumiert. Es besteht kein Anlass, die Schlussfolgerungen der Fachperson zu bezweifeln. Zwar trifft zu, dass die Ergebnisse der Analyse keine präzisen Angaben über das Konsumverhalten zulassen. Indessen beschränkt sich die forensische Toxikologin darauf, den Konsum für den Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Juli 2004 als mittelstark einzustufen und für die anschliessende Zeit bis Mitte Oktober 2004 davon auszugehen, dass entgegen der Aussagen der Rekurrentin ein weiterer Konsum erfolgt sei. Wesentlich ist aber auch für die weiteren Schlussfolgerungen des Verkehrsmediziners, dass die Rekurrentin nicht bloss einmalig, sondern während mehrerer Monate Kokain in erheblichen Mengen, d. h. offenkundig wiederholt konsumiert hat.

Amphetamine wurden in beiden untersuchten Haarsegmenten in vergleichbaren Mengen nachgewiesen, im ersten Segment 350 ng/g, im zweiten Segment 400 ng/g. Für die Zeit von Mitte Januar bis Mitte Oktober 2004 wird dementsprechend von einem vereinzelt bis gelegentlichen Konsum ausgegangen. Auch diese Schlussfolgerung einer Fachperson ist nicht zu beanstanden. Sie sagt aber nichts darüber aus, in welcher Form und zu welchem Zweck die Substanz allenfalls auch ohne Wissen konsumiert wurde.

Bezüglich MDMA (Ecstasy) ergab die Analyse der Haarprobe einen Gehalt für das erste Segment von 1 300 ng/g und für das zweite Segment von 1 900 ng/g. Der Konsum wird für die Zeit zwischen Mitte Januar und Mitte Oktober 2004 als mittelstark eingestuft. Umso mehr als sich die Rekurrentin nie zum Konsum von MDMA geäussert hat, besteht kein Anlass, an der Schlussfolgerung der Fachperson zu



zweifeln. Auch hier ist für die weiteren Schlussfolgerungen des Verkehrsmediziners von Bedeutung, dass der Konsum zudem zusammen mit anderen Betäubungsmitteln über längere Zeit in signifikanten Mengen erfolgte.

dd) Der Schluss des Gutachters auf eine Drogenproblematik mit ableitbarem Suchtcharakter ist nachvollziehbar.

Auch wenn der Konsum von Kokain in der Zeit zwischen Mitte Januar 2004 und Mitte Oktober 2004 nicht genau quantifiziert, sondern als mittelstark für die Zeit zwischen Mitte Januar 2004 und Mitte Juli 2004 und als nicht Null für die Zeit zwischen Mitte Juli und Mitte Oktober 2004 bezeichnet wird, ist von mehrfachem Konsum – und nicht bloss von einem einmaligen, wie die Rekurrentin angibt – in dieser Zeit auszugehen. Dass der Konsum nicht bewusst erfolgte, weil der Rekurrentin «etwas untergeschoben» wurde, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Wäre es so, hätte die Rekurrentin nicht bloss eine entsprechende Vermutung geäussert. Vielmehr hätte darüber Sicherheit bestehen müssen, da sie trotz bewusstem Nichtkonsum eine Wirkung der Droge wahrgenommen hätte. Es erscheint als sehr unwahrscheinlich, dass der Rekurrentin über Monate Kokain «untergeschoben» wurde, ohne dass sie davon etwas bemerkt hätte. Auch die in der Handtasche der Rekurrentin gefundenen vier Minigripsäcklein mit Kokain-Rückständen deuten auf einen mehrfachen Konsum vor dem 3. August 2004 hin. Schliesslich weist auch die gemäss Feststellung des blutentnehmenden Arztes am 4. August 2004 gerötete Nasenscheidewand der Rekurrentin auf einen relativ kurz vorausgegangenen Kokainkonsum durch «Sniffen» hin. Über die Art des Konsums des Kokains bestehen allerdings keine ausdrücklichen Angaben der Rekurrentin. Ihre Vermutung, es sei ihr etwas ins Getränk gemischt worden, zeigt, dass ihr zumindest die orale Anwendung von Kokain bekannt ist. Auch wenn beim reinen «Sniffen» die Symptome einer körperlichen Abhängigkeit weitgehend fehlen, ist bei einem erheblichen Kokain-Konsum über mindestens einen Monat von einem Kokain-Missbrauch zu sprechen, wobei die Gruppe derjenigen besonders gefährdet erscheint, die Kokain zur Leistungssteigerung und Bekämpfung depressiver Phasen – wie sie bei der Rekurrentin auftrat – zunehmend regelmässig konsumiert (vgl. Th. Geschwinde, Rauschdrogen, 4. Auflage 1998, S. 366 Rz. 1457/1458). Kokain weist mit Toleranzbildung, Dosissteigerung und Entzugserscheinungen alle Symptome einer Sucht auf und verursacht sowohl eine körperliche als auch eine seelische Abhängigkeit (vgl. Harbort, a. a. O., S. 124 Rz. 283 mit Hinweis). Angesichts des Suchtpotenzials von Kokain einerseits und des aus dem Ergebnis der Analyse der Haarprobe abgeleiteten Konsumverhaltens der Rekurrentin und der Tatsache, dass die Rekurrentin trotz vordergründiger Offenheit ihren Konsum erheblich beschönigte, andererseits, erweist sich der Schluss des Verkehrsmediziners auf einen Suchtcharakter der Drogenproblematik der Rekurrentin während der fraglichen Zeit von mehreren Monaten als nachvollziehbar. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als die Haaranalyse für den Nachweis der mangelnden Fahreignung das wohl verlässlichste Beweismittel darstellt (vgl. Harbort, a. a. O., S. 222 Rz. 533).

Der vereinzelte bis gelegentliche Konsum von Amphetaminen parallel zum Konsum von Kokain würde die Tendenz der Rekurrentin bestätigen, Unlustgefühlen mit Betäubungsmitteln zu begegnen. Die Amphetamine gehören als Weckamine zu den Aufputschmitteln (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 389 Rz. 1563). Die Wirkung ist bei mittleren Rauschdosen mit jener von Kokain zu vergleichen (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 408 Rz. 1628/1629). Gegen die Vermutung der Rekurrentin, das Ergebnis sei auf einen Konsum von Schlankheits- bzw. Abnahmetropfen zurückzuführen, spricht, dass sie den Namen des Produkts nicht mehr kennen will und auch nicht abgeklärt hat. Indessen ist aus den Laborbefunden selbst nicht abzuleiten, ob die gefundene Konzentration auch auf den Konsum von «Schlankheitskapseln oder -tropfen» zur Gewichtsreduktion zurückgeführt werden kann (vgl. dazu Geschwinde, a. a. O., S. 404 Rz. 1610). Umso mehr als die nachgewiesenen Mengen lediglich auf einen vereinzelten bis gelegentlichen Konsum hinweisen, ist aber nicht mit Sicherheit auszuschliessen, dass die Rekurrentin die Substanz in Form eines «Schlankheitsmittels» zu sich nahm. Unabhängig von der Form und dem Zweck, zu welchem die Rekurrentin den Stoff einnahm, kam ihm die ihm innewohnende antriebssteigernde Wirkung zu. Selbst bei Dosierungen unterhalb der Rauschdosis entfaltet der Stoff psychische Wirkungen, die auch bei nicht ermüdeten Personen auftreten, insbesondere ein erhöhtes Konzentrationsvermögen und Selbstvertrauen, verstärkte Aktivität und beschleunigte Denkabläufe. Eine euphorisierende Wirkung ist hierbei allenfalls leicht gegeben und kann erst durch häufigere Einnahme verstärkt werden (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 407/408 insbesondere Rz. 1626). Bei Dauergebrauch kommt es zu einer raschen Wirkungseinbusse, die eine stetige Dosissteigerung notwendig macht, um die Rauscherlebnisse wiederholen zu können. Die Gewöhnung führt zu physischer Abhängigkeit, die mit Gewichtsverlust, Schlaflosigkeit, Halluzinationen und psychotischen Episoden einhergeht. Das Absetzen der Mittel führt zu Entzugserscheinungen, die sich in Müdigkeit, Heisshunger, Verwirrtheit und Depressionen äussern (vgl. Harbort, a. a. O., S. 130 Rz. 305). Soweit der Konsum des Amphetamins mit der Einnahme von Schlankheitsmitteln verbunden gewesen sein sollte, bestand deshalb die naheliegende Möglichkeit, dass der Wegfall der psychischen Wirkungen mit dem Absetzen des Mittels durch die Anpassung der Dosis der anderen ähnlich wirkenden Betäubungsmittel, welche die Rekurrentin in der fraglichen Zeit ebenfalls zu sich nahm, kompensiert wurde.

MDMA (Ecstasy) schliesslich weist amphetaminartige Effekte auf (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 163 Rz. 757). Bei niedriger Dosis steht die anregende bis stimulierende Wirkungskomponente im Vordergrund (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 165 Rz. 763). Als «Harmoniedroge» verhilft MDMA in erster Linie zu einer stundenlangen milden Euphorie und psychischen Ausgeglichenheit, verbunden mit dem Gefühl, alle zu lieben und zu verstehen, zu der auch eine spannungslösende, zugleich aber auch antriebssteigernde Komponente beiträgt. Gleichzeitig nimmt das Verantwortungsbewusstsein ab und die Risikobereitschaft zu. Akustische, taktile und visuelle Sinneswahrnehmungen werden verstärkt, jedoch kommt es regel-

mässig nicht zu Halluzinationen. Der MDMA-Rausch unterscheidet sich vom alltäglichen Erleben vor allem durch seine intensive Verzerrung des Raum- und Zeiterlebnisses, daneben kommt es ebenfalls zu Sinnestäuschungen (etwa eine «Dreidimensionalität» der Musik), die jedoch verschwimmen, sobald der Betreffende sich darauf konzentriert; die Wahrnehmung ist gestört. Erst nach etwa sechs Wochen Abstinenz verspürt der Konsument wieder die volle Wirkung, was vielfach dazu führt, bei wiederholter Einnahme zusätzlich «speed» oder Alkohol mit nicht abschätzbaren Effekten zu konsumieren (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 167 Rz. 767). Bei dieser Substanzgruppe kann es bei mehrmaligem wöchentlichem Konsum über etwa ein halbes Jahr hinweg zur Ausbildung einer psychischen Abhängigkeit kommen. Das Abhängigkeitspotenzial dürfte in etwa dem des Amphetamins vergleichbar sein, höher bei MDMA, geringer bei MDEA. Symptome einer auch physischen Abhängigkeit wurden jedoch nicht festgestellt (vgl. Geschwinde, a. a. O., S. 168 Rz. 768).

ee) Zusammenfassend ergibt sich, dass sämtliche in der Haaranalyse nachgewiesenen Stoffe, welche die Rekurrentin in der Zeit zwischen Mitte Januar und Mitte Oktober 2004 zu sich nahm, ähnlich wirken und geeignet waren, ihren auf psychische Belastung zurückzuführenden depressiven Zuständen zu begegnen. Sämtliche drei Wirkstoffe weisen ein, wenn auch unterschiedliches, Abhängigkeitspotenzial insbesondere in psychischer Hinsicht auf. Darauf, dass die Rekurrentin im Jahr 2004 über längere Zeit, d. h. jedenfalls zwischen Mitte Januar und Mitte Oktober 2004, ein erhebliches Drogenproblem mit einer Abhängigkeit vorab bezüglich Kokain entwickelte, deutet auch der Umstand hin, dass sie hinsichtlich des Konsums wenig offen und bestrebt war, ihn herunterzuspielen. Sie gestand ausschliesslich den einmaligen Konsum von Kokain zu. Den Konsum von MDMA verschwieg sie ganz. Da die Umstände des Konsums deshalb nicht erhellt werden konnten, konnte der Gutachter auch nicht davon ausgehen, der Konsum habe sich in Grenzen gehalten, welcher mit der Fahrfähigkeit insofern vereinbar war, dass keine Gefahr bestand, dass die Rekurrentin sich in einem fahrunfähigen Zustand noch ans Steuer setzte. Wenn der Hausarzt in seinem Bericht zuhanden des Gutachters ausführt, es hätten keine Hinweise auf eine Drogenabhängigkeit bestanden, ist zu berücksichtigen, dass ihn die Rekurrentin letztmals gegen Ende März 2004 aufsuchte und eine entsprechende Abhängigkeit bei sozial und beruflich integrierten und unauffälligen Personen ohne gezielte Untersuchung oft schwer erkennbar ist. Anschliessend blieb es bei der einmaligen Konsultation der Psychiaterin, an welche die Rekurrentin durch den Hausarzt überwiesen wurde. Insgesamt ergibt sich das Bild der Selbstbehandlung von durch psychischen Stress ausgelösten depressiven Zuständen.

Dementsprechend ist die Schlussfolgerung des Verkehrsmediziners, die Fahreignung der Rekurrentin sei im Zeitpunkt der Untersuchung zufolge einer Drogenproblematik mit ableitbarem Suchtcharakter nicht gegeben, nicht zu beanstanden.

...

ff) Auch wenn die Rekurrentin bereits vor der verkehrsmedizinischen Untersuchung vom 29. Oktober 2004 den Konsum von Kokain, Amphetaminen und MDMA (Ecstasy), frühestens nach dem Vorfall vom 3. August 2004, eingestellt hat, kann angesichts der zur Überwindung einer Abhängigkeit regelmässig erforderlichen einjährigen Abstinenz nicht davon ausgegangen werden, dass sie im Zeitpunkt der Beurteilung durch den Verkehrsmediziner die bestehende Abhängigkeit von diesen Betäubungsmitteln bereits vollständig überwunden hat. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Schlussfolgerung des Gutachters auf eine Drogenproblematik mit ableitbarem Suchtcharakter nicht zu beanstanden. . . .

## 21

*Art. 43 Abs. 3 SVG (SR 741.01) in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 und Art. 3 VRV (SR 741.11); Art. 16c Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a SVG.* Das Rückwärtsfahren auf dem Pannestreifen stellt eine schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften dar.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 19. Oktober 2005*

Am 1. Februar 2005, um 18.35 Uhr, lenkte XY seinen PW entgegen der Fahrtrichtung rückwärts auf dem Pannestreifen der Verbindungsstrecke zwischen den Autobahnen A3 und A13 in Richtung Verzweigung Sarganserland. Dabei wurde er mitten in der Rechtskurve von der Polizei angehalten. Das Untersuchungsamt X verurteilte ihn wegen dieses Vorfalls zu einer Busse von Fr. 800.–. Das Strassenverkehrsamt entzog ihm seinerseits den Führerausweis wegen einer schweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG) für die Dauer von drei Monaten. Mit dem Antrag, die Entzugsdauer sei auf einen Monat zu reduzieren, erhob der Betroffene Rekurs.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG wird nach Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 ausgeschlossen ist, der Lernfahr- oder Führerausweis entzogen oder eine Verwarnung ausgesprochen. Das Gesetz unterscheidet zwischen leichten (Art. 16a SVG), mittelschweren (Art. 16b SVG) und schweren Widerhandlungen (Art. 16c SVG). Eine leichte Widerhandlung begeht, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine geringe Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft und ihn dabei nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG). Eine mittelschwere Widerhandlung begeht, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine Gefahr für

die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG). Ist die Verletzung der Verkehrsregeln grob und wird dadurch eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder in Kauf genommen, ist die Widerhandlung schwer (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG).

3. Im Rekurs ist angesichts der rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung zu Recht unbestritten, dass der Rekurrent am 1. Februar 2005 seinen Personenwagen rückwärts auf dem Pannestreifen auf der Verbindungsstrecke zwischen den Autobahnen A3 und A13 gelenkt hat. Er hat damit Art. 43 Abs. 3 SVG in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 VRV, wonach das Wenden und Rückwärtsfahren auf Autobahnen und Autostrassen untersagt ist, und Art. 36 Abs. 3 VRV, wonach der Fahrzeugführer Pannestreifen und signalisierte Abstellplätze für Pannefahrzeuge nur für Nothalte benützen darf, verletzt.

4. Umstritten ist hingegen, ob die Vorinstanz die Verletzung von Art. 43 Abs. 3 SVG in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 und 3 VRV durch den Rekurrenten zu Recht als schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG qualifiziert hat.

a) Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, der Rekurrent habe eine unübersichtliche und enge Rechtskurve rückwärts auf dem Pannestreifen befahren. Damit habe er eine erhöht abstrakte Gefahr hervorgerufen. Ein Motorfahrzeuglenker, der diese Strecke in korrekter Richtung befahre, müsse nicht damit rechnen, dass ihm in der engen Kurve ein Fahrzeug auf dem Pannestreifen entgegenkomme. Die Wahrscheinlichkeit einer Kollision infolge dieses Überraschungseffekts sei nicht zu unterschätzen. Es bestehe auch keine Veranlassung, von der strafrechtlichen Beurteilung abzuweichen. In der Bussenverfügung werde das Rückwärtsfahren auf dem Pannestreifen als grobe Verkehrsregelverletzung gewertet. Nach einer schweren Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften müsse der Führerausweis für mindestens drei Monate entzogen werden. Der automobilistische Leumund des Rekurrenten sei ungetrübt. Da die gesetzliche Mindestentzugsdauer nicht überschritten werde, müsse die Sanktionsempfindlichkeit nicht näher geprüft werden.

Gegen die Qualifikation seines Verhaltens als schwere Widerhandlung bringt der Rekurrent vor, er habe keine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder sogar in Kauf genommen. Um keine anderen Autofahrer zu gefährden, habe er die Warnblinker eingestellt. Es habe zu keiner Zeit eine Kollisionsgefahr bestanden. Er sei am rechten Rand des Pannestreifens gefahren. Die zurückgelegte Strecke sei kurz gewesen und er sei im Schritttempo gefahren. Die gefahrene Strecke befinde sich zwar in einer Kurve, da sich jedoch am Rand keine Bäume befinden würden, sei die Übersicht für den nachfolgenden Verkehr trotzdem gewährleistet gewesen. Aufgrund einer Polizeikontrolle sei es zu einer Staubildung gekommen. Daher seien alle Autofahrer gezwungen gewesen, ihre Geschwindigkeit stark zu reduzieren. An der fraglichen Stelle sei 50 km/h signalisiert, was nachfolgenden Verkehrsteilnehmern ein Halten oder Ausweichen jederzeit erlaubt hätte. ...

b) Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG begeht eine schwere Widerhandlung, wer durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. Mit der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Änderung des Strassenverkehrsgesetzes hat der Gesetzgeber den Wortlaut von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG gänzlich dem Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG angeglichen. Gemäss Botschaft ist damit keine materielle Änderung zum früheren Recht gewollt (vgl. Art. 16 Abs. 3 lit. a in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Strassenverkehrsgesetzes, AS 1959 S. 679, vgl. Botschaft in BBl 1999 S. 4489; R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen 2003, S. 180 ff.). Art. 90 Ziff. 2 SVG ist objektiv erfüllt, wenn der Täter eine wichtige Verkehrsvorschrift in objektiv schwerwiegender Weise missachtet und die Verkehrssicherheit abstrakt oder konkret gefährdet hat. Subjektiv erfordert der Tatbestand, dass dem Täter aufgrund seines rücksichtslosen oder sonst wie schwerwiegend regelwidrigen Verhaltens zumindest eine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG ist bereits bei einer erhöhten abstrakten Gefährdung gegeben. Die erhöhte abstrakte Gefahr setzt die naheliegende Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung voraus (vgl. BGE 123 II 106 E. 2a und 37 E. 1b). Es bedarf damit auch bei Anwendung von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG sowohl einer qualifizierten objektiven Gefährdung als auch eines qualifizierten Verschuldens. Ist das Verschulden gross, die Gefährdung aber gering oder umgekehrt das Verschulden gering und die Gefährdung gross, so handelt es sich um eine mittelschwere Widerhandlung (Botschaft in BBl 1999 S. 4489). Es gelten damit bezüglich der Abgrenzung dieser Widerhandlungen die bisherigen bekannten Massstäbe.

c) Die Verwaltungsbehörde ist auch in Bezug auf die Rechtsanwendung an die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts durch das Strafurteil gebunden, wenn die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde (was etwa dann der Fall ist, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat; vgl. BGE 119 Ib 158 E. 3c/bb).

Der Strafrichter ist von einer groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinn von Art. 90 Ziff. 2 SVG ausgegangen. Im Strafverfahren wurde der Rekurrent durch den Strafrichter nicht persönlich einvernommen. Dieser stützte sich allein auf den Polizeirapport vom 8. Februar 2005 der Kantonspolizei St.Gallen. Unter diesen Umständen hängt im vorliegenden Fall die rechtliche Würdigung nicht von Tatsachen ab, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde. Dementsprechend ist zu prüfen, ob der Rekurrent eine die Anwendung von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG rechtfertigende konkrete oder erhöhte abstrakte Gefährdung geschaffen hatte und sein Verschulden schwer war.

aa) Der Rekurrent ist auf der Verbindungsstrecke zwischen den Autobahnen A3 und A13 ohne zwingenden Grund mit seinem Fahrzeug rückwärts auf dem Pannen-

streifen entgegen der Fahrtrichtung gefahren. Dabei muss von einer erhöht-abstrakten Gefährdung ausgegangen werden. Dem Polizeirapport vom 8. Februar 2005 ist zu entnehmen, dass es sich bei der besagten Örtlichkeit um eine enge Rechtskurve handeln soll. Aufgrund der Erfahrung aus diversen Verkehrskontrollen wisse man, dass viele Autofahrer diese Kurve schneiden und dazu den Pannestreifen befahren würden. Durch die Rückwärtsfahrt auf dem Pannestreifen sei somit eine erhebliche Gefahr für den nachfolgenden Verkehr entstanden. Am besagten Abend habe ein leichtes Schneetreiben geherrscht, welches die Sicht an der unübersichtlichen Stelle zusätzlich verschlechtert habe. Die Strasse sei nass und teilweise mit Schneematsch bedeckt gewesen. Zudem habe sowohl auf der Autobahn A3 als auch bei der Verzweigung Sarganserland ein reges Verkehrsaufkommen geherrscht. Auf diesen Rapport ist abzustellen (BGE 119 Ib 158 E. 3 c/aa).

Aufgrund der festgestellten Unübersichtlichkeit im Bereich der Kurve wäre eine Kollision durchaus im Bereich des Möglichen gewesen. Ein anderer Fahrzeuglenker muss nämlich nach dem Vertrauensprinzip nicht mit einer unerlaubten Benutzung des Pannestreifens rechnen (vgl. Art. 26 Abs. 1 SVG). Auf der Bildaufnahme des Polizeirapports ist zu erkennen, dass der Pannestreifen eher schmal ist und am Rand noch mit Schnee bedeckt war. Daher bestand eine erhebliche Gefahr, dass der Rekurrent bei der Rückwärtsfahrt leicht auf die Fahrbahn hätte gelangen und damit eine Kollision mit einem korrekt fahrenden Fahrzeug verursachen können. Zudem ist auch die Gefahr nicht zu unterschätzen, die durch den Überraschungseffekt entsteht. Die Erfahrung zeigt, dass die Fahrzeugführer auf einer solchen Strecke keine Hindernisse oder entgegenkommende Fahrzeuge erwarten und dementsprechend nicht die nötige Aufmerksamkeit aufbringen. Auch dadurch hätte eine Kollision entstehen können. Gefahrerhöhend wirkten weiter die herrschenden Wetter- und Verkehrsverhältnisse. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Rekurrent die Warnblinker eingestellt und nur im Schritttempo gefahren ist. Ungleich grösser wäre die Gefahr schliesslich geworden, wenn der Rekurrent seinem Vorhaben entsprechend die Autobahnabzweigung erreicht und die Ausfahrt durch sein Manöver blockiert hätte. Ingesamt steht damit fest, dass der Rekurrent eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit der anderen Teilnehmer geschaffen hat.

bb) Was das Verschulden des Rekurrenten anbelangt, so wiegt dieses entgegen seinen Ausführungen schwer. Musste doch gerade ihm als erfahrenem Fahrzeuglenker bewusst sein, dass er mit seinem Verhalten eine Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer darstellte. Er hätte problemlos ordnungsgemäss auf der Fahrbahn weiterfahren und damit die Gefahrensituation verhindern können. Dem Rekurrenten ist daher zumindest ein grob fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Diese Ansicht teilt auch der Strafrichter, der Art. 90 Ziff. 2 SVG angewendet hat. Der Rekurrent bringt im Übrigen keine Umstände vor, die sein Verhalten rechtfertigen oder entschuldigen würden. Das Verschulden ist daher als schwer zu werten.

cc) Zusammenfassend steht damit fest, dass eine schwere Widerhandlung gegen die Strassenverkehrsvorschriften im Sinn von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG vorliegt.

5. Zu prüfen bleibt die von der Vorinstanz verfügte Dauer des Entzugs des Führerausweises von drei Monaten.

Bei der Festsetzung der Dauer des Lernfahr- oder Führerausweisentzugs sind gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die Gefährdung der Verkehrssicherheit, das Verschulden, der Leumund als Motorfahrzeugführer sowie die berufliche Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen. Die Mindestentzugsdauer darf jedoch nicht unterschritten werden. Gemäss Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG wird der Lernfahr- oder Führerausweis nach einer schweren Widerhandlung mindestens für drei Monate entzogen.

Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten in der angefochtenen Verfügung den Führerausweis für die gesetzlich vorgeschriebene minimale Entzugsdauer von drei Monaten entzogen. Da das Gesetz eine Unterschreitung dieser Mindestentzugsdauer ausschliesst (Art. 16 Abs. 3 SVG), erübrigt es sich, massnahmemindernde Umstände wie insbesondere eine berufliche Angewiesenheit des Rekurrenten auf das Führen eines Motorfahrzeugs zu prüfen (vgl. zum früheren Recht SJZ 97/2001 S. 524 f.). Das gilt ebenfalls für den ungetrübten automobilistischen Leumund des Rekurrenten. Angesichts der zwingenden Natur der gesetzlichen Mindestentzugsdauer verbleibt der rechtsanwendenden Behörde auch kein Ermessensspielraum, innerhalb dessen sie Überlegungen zur Verhältnismässigkeit der Massnahme im Sinn der Erforderlichkeit zur Besserung des Betroffenen anstellen könnte (vgl. Botschaft in BBl 1999 S. 4486). Daraus folgt, dass die Mindestentzugsdauer selbst in Ausnahmesituationen im Sinn der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 120 Ib 504 ff., 115 Ib 159 ff., 118 Ib 233 f.) nicht unterschritten werden kann, abgesehen davon, dass eine solche hier nicht vorliegt. Die verfügte Entzugsdauer von drei Monaten ist damit nicht zu beanstanden.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist.

## 22

*Art. 91 Abs. 1 SVG (SR 741.01); Art. 63 StGB (SR 311.0).* Strafzumessung beim Delikt des Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand (FiaZ).

*Kantonsgericht, Strafkammer, 12. Januar 2005*

Das Kreisgericht sprach X des Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von fünf Monaten. Dem Urteil liegt der Sachverhalt zugrunde, dass X am Samstag, 20. Dezember 2003, um 20.20 Uhr am Steuer seines Personenwagens unterwegs war



und wegen seiner extremen «Schlangenlinienfahrt» von der Polizei angehalten wurde. Die Auswertung seiner Blutprobe ergab für die Tatzeit einen Mindestalkoholgehalt von 2,81 Gewichtspromillen. X verfügt über zwei einschlägige Vorstrafen (FiaZ) aus den Jahren 1997 und 1999. Gegen dieses Urteil erhob die Staatsanwaltschaft Berufung mit dem Antrag, X sei zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von neun Monaten Gefängnis zu verurteilen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Beim Delikt des Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand gelten – wie bei allen andern Tatbeständen des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts – sowohl hinsichtlich der Strafzumessung wie der Gewährung des bedingten Strafvollzugs die allgemeinen Regeln der Art. 63 und Art. 41 StGB uneingeschränkt. Nach Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Mit Verschulden meint die Bestimmung den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat dazu in Anlehnung an Stratenwerth (G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, § 7 N 7 ff.) mehrere Tat- und Täterkomponenten herausgearbeitet, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind (BGE 117 IV 112 ff.). Die Bemessung der Strafe beginnt aber nicht erst mit der Anwendung von Art. 63 StGB, sondern mit der Bestimmung des Strafrahmens und der Strafart, sofern – wie beim Delikt des Fahrens in angetrunkenem Zustand – verschiedene Hauptstrafen (Gefängnis oder Busse) angedroht sind. Bei der Wahl der Strafart und der Einordnung einer Tat innerhalb des Strafrahmens stehen namentlich das Gewicht der Tat und das Verschulden des Täters im Vordergrund (vgl. dazu H. Wiprächtiger, Basler Kommentar, N 14 und N 16 zu Art. 63 StGB sowie BGE 120 IV 71). Bei nicht besonders schwerem Verschulden siedelt die schweizerische Praxis in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Bereich des vorgegebenen Strafrahmens an (Wiprächtiger, a. a. O., N 14 zu Art. 63 StGB). Da es sich beim Fahren in angetrunkenem Zustand nach Art. 91 Abs. 1 SVG um ein Vergehen handelt und das Delikt generell als ernstzunehmende Tat gilt (Entscheid 6S. 173/2003 des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2003 E. 3.2), ist ein Abweichen von dieser allgemeinen Praxis nicht angebracht. Alkoholbeeinflusste Verkehrsteilnehmer zählen mit den eigentlichen Verkehrsrowdys zweifelsohne zu den gefährlichsten Verkehrsteilnehmern.

b) Im Bestreben nach einer möglichst gleichen Behandlung von Tätern versucht sich die Praxis bei der Umsetzung der Strafzumessungsgründe in ein bestimmtes Strafmass bei häufig zu beurteilenden Delikten an gewissen Straftaxen oder Richtlinien zu orientieren. Dazu werden dann sogenannte Regelfälle definiert und die dafür üblichen Tatumstände festgelegt. Gegen solche Straftaxen oder Richtlinien ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann nichts einzuwenden, wenn sie nicht starr und schematisch angewendet werden, sondern ihnen nur Richtlinienfunktion zukommt und sie dem Richter lediglich als Orientierungshilfe dienen,

ohne ihn zu binden oder zu hindern, eine seiner Überzeugung entsprechende schuldangemessene Strafe auszusprechen (Entscheid 6S.206/1999 des Bundesgerichts vom 26. Juli 1999 S. 19). Im Entscheid ST.2001.67-SK3 vom 25. Februar 2002 (GVP 2002 Nr. 60) hat die Strafkammer diesen Regelfall dahingehend umschrieben, dass «ein Täter voraussehen könne, dass er nach erfolgtem Alkoholkonsum ein Auto lenken werde, auf einer nicht besonders gefährlichen Strecke nach Hause fahre und dabei in eine Routinekontrolle gerate. Dafür seien je nach Alkoholisierungsgrad abgestufte Strafen von Busse bis mehrere Wochen Gefängnis angezeigt». An diesen Ausführungen ist auch nach erneuter Prüfung festzuhalten, gleichzeitig aber sind sie zu präzisieren.

c) Der Grad der Alkoholisierung ist ein wesentlicher Faktor für die Bewertung des Verschuldens (Entscheid 6S.206/1999 des Bundesgerichts vom 26. Juli 1999 S. 19). Je tiefer der bei einem Fahrzeuglenker gemessene Blutalkoholgehalt liegt, desto weniger schwer wiegt in der Regel sein Verschulden. Die Annahme bloss fahrlässiger Tatbegehung dürfte aber nur dort in Frage kommen, wo der gemessene Blutalkoholwert nur unwesentlich über der (hier noch) anwendbaren Beweisgrenze von 0,8 Gewichtspromillen liegt, von der an eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration und damit Angetrunkenheit unabhängig der individuellen Alkoholverträglichkeit anzunehmen ist. Andererseits wiegt das Verschulden eines Fahrzeuglenkers mit zunehmendem Alkoholkonsum und damit steigendem Blutalkoholwert erheblich schwerer, und aufgrund der konsumierten Menge an alkoholhaltigen Getränken kann ein Fahrzeuglenker, dessen Blutalkoholwert die Grenze von 0,8 Gewichtspromillen deutlich überschreitet, nicht mehr ernsthaft im Zweifel darüber sein, ob er angetrunken ist und damit kein Motorfahrzeug mehr lenken darf. Bei einem Blutalkoholwert ab 1,2 Gewichtspromillen oder mehr dürfte dies in jedem Fall und unabhängig der jeweiligen Umstände zutreffen. Fährt er aber trotzdem, so setzt er andere Verkehrsteilnehmer vorsätzlich einer Gefährdung für Leib und Leben aus, deren Ausmass nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts bei der Beurteilung des Verschuldens Rechnung zu tragen ist (BGE 104 IV 37). Dabei ist diese Gefährdung nicht erst dann zu berücksichtigen, wenn die zurückgelegte Strecke besonders lang ist. Entscheidend ist vielmehr nicht so sehr die Länge der gefahrenen Strecke an sich, als vielmehr die Vielfalt der Gefahrenquellen, die auf einer Strecke wegen ihrer Beschaffenheit oder aus Gründen der Verkehrsintensität auftreten und zu Unfällen Anlass geben können (BGE 104 IV 37 unten). In diesem Sinne ist der in GVP 2002 Nr. 60 angenommene Regelfall zu präzisieren. Die dort erwähnten Einsatzstrafen von «Busse bis mehrere Wochen Gefängnis» erscheinen in Fällen angemessen, in denen der Lenker einen Blutalkoholgehalt von nur unwesentlich über 0,8 Gewichtspromillen aufweist und das Ausmass der Gefährdung ausserdem aufgrund der Vielfalt der Gefahrenquellen eher klein ist. Liegen jedoch die Blutalkoholwerte wesentlich oder wie im vorliegenden Fall gar ein Vielfaches über der Grenze von 0,8 Gewichtspromillen und/oder ist das Ausmass der geschaffenen Gefährdung aufgrund der Vielfalt der Gefahrenquellen stark erhöht (beispielsweise Fahrt

auf verkehrsreichen Strassen innerorts mit vielen Kreuzungen, hohes Verkehrsaufkommen, besondere Tageszeit, viele Fussgänger etc.), so sind auch bei Ersttätern Einsatzstrafen im Bereich von mehreren Wochen bis mehreren Monaten angezeigt. Bei der Bestimmung der konkreten Strafe im Einzelfall sind aber auch alle anderen Strafzumessungsgründe, wie namentlich die Beweggründe (z. B. Zweck der Fahrt) und insbesondere die Täterkomponenten zu berücksichtigen.

d) In gleicher Weise ist die Strafzumessung auch bei den Wiederholungstätern beim Delikt des Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand vorzunehmen. Gegenüber dem Ersttäter neu und entscheidend ins Gewicht fällt dabei allerdings die spezielle Gewichtung des Tatverschuldens bei sonst gleich bleibenden äusseren Strafzumessungskriterien. Wie das Bundesgericht im Entscheid 6 S. 442/1996 vom 26. September 1996 festgehalten hat, wiegt beim Wiederholungstäter, der durch eine frühere Bestrafung wegen desselben Delikts und wegen des erfolgten Führerausweisentzuges klar gewarnt war, «der neuerliche Tatentschluss wesentlich schwerer als beim Ersttäter. Die Tatschuld ist damit stark erhöht». Dadurch kann, nach den Ausführungen des Bundesgerichts, sogar mehr als eine blosser Verdoppelung der Strafe im Einzelfall angemessen sein (a. a. O., S. 5 f.). Inwieweit die Richtlinien der Staatsanwaltschaft diesen Grundsätzen entsprechen, braucht nicht näher geprüft zu werden, zumal nicht diese Richtlinien, sondern die gesetzlichen Vorschriften des Art. 63 StGB und die dazu entwickelte Praxis des Bundesgerichts für die Strafzumessung durch die Gerichte massgebend sind. Immerhin kann festgestellt werden, dass diese Richtlinien besonders bei sogenannten «Zweitätern», aber selbst bei erheblich alkoholisierten Ersttätern, zu schematisch ausgerichtet sind und weder den gesetzlichen Strafrahmen noch die allgemeinen Strafzumessungsregeln ausreichend beachten.

4. Bei der Würdigung der konkreten Umstände im vorliegenden Fall fällt zunächst die ausserordentlich hohe Alkoholisierung von mindestens 2,81 Gewichtsprozent ins Gewicht. Bei mittlerem Verkehrsaufkommen (Samstagabend um 20.20 Uhr) stellte der Angeklagte auf seiner Fahrt auf der Hauptstrasse insbesondere aufgrund seiner «Schlangenlinienfahrt», welche entgegenkommende Fahrzeuge teils zum Ausweichen aufs Trottoir zwang, eine grosse aktuelle Gefahr für die übrigen Verkehrsteilnehmer dar. Weiter ist zu berücksichtigen, dass er sein Fahrzeug lediglich benutzte, um damit auf bequeme Art von einem Restaurant zum nächsten zu gelangen. Damit wäre selbst bei einem Ersttäter von einer Einsatzstrafe von mehreren Monaten auszugehen. Wesentlich strafferhöhend wirken die beiden einschlägigen Vorstrafen aus den Jahren 1997 und 1999, nämlich im November 1997 fünf Wochen Gefängnis bedingt sowie Fr. 1200.– Busse wegen FiaZ (1,98 Gewichtsprozent) und Verletzung der Verkehrsregeln sowie im November 1999 vier Wochen Gefängnis wegen FiaZ (1,45 Gewichtsprozent). Auch der Vollzug dieser vierwöchigen Freiheitsstrafe in Form von gemeinnütziger Arbeit konnte den Angeklagten nicht von der Begehung der nun zur Beurteilung stehenden Trunkenheitsfahrt abhalten. Er zeigt auch keine Einsicht, sein offensichtlich bestehendes

Alkoholproblem anzugehen. Unter diesen Umständen wäre eine deutliche Erhöhung der Strafe auf zehn bis zwölf Monate gerechtfertigt. Immerhin bemüht sich der Angeklagte nicht darum, seinen Führerausweis zurückzuerhalten; er möchte in Zukunft ganz aufs Autolenken verzichten und besitzt auch kein Auto mehr. Die von der Staatsanwaltschaft geforderte Strafe von neun Monaten erscheint unter Berücksichtigung der gesamten Umstände somit als massvoll, zumal eine Strafmilderung nach Art. 11 StGB nicht angenommen werden kann, da für den Angeklagten schon vor Trinkbeginn fest stand, dass er wieder mit dem Auto heimfahren werde (Art. 12 StGB, vgl. BGE 117 IV 295 f.).

## 23

*Art. 1 Abs. 8 VRV (SR 741.11).* Begriff der Strassenverzweigung. Massgebend ist das Erscheinungsbild im Bereich der Kreuzung, welches sich dem dahergehenden Ortsunkundigen zeigt.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 25. Oktober 2005*

Am 11. August 2003 stiessen X und Y, die beide mit dem Fahrrad unterwegs waren, auf dem Sennweg/Strassenstück Sennweg in der Gemeinde Z zusammen und kamen zu Fall. Beide erlitten eine leichte Hirnerschütterung, X, der keinen Velohelm trug, zudem eine stark blutende Wunde über dem linken Auge, die genäht werden musste. X wurde erstinstanzlich wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Von einer Bestrafung wurde abgesehen.

Aus den Erwägungen:

4. Im Zentrum steht die Frage nach der Vortrittsberechtigung. Art. 36 Abs. 2 SVG regelt zwar den Vortritt auf Strassenverzweigungen, unterlässt es aber, diesen Begriff zu umschreiben. Art. 1 VRV, der die Marginalie «Begriffe» trägt, versteht unter einer (Strassen-) Verzweigung Kreuzungen, Gabelungen oder Einmündungen von Fahrbahnen. «Das Zusammentreffen von Rad- oder Feldwegen, von Garage-, Parkplatz-, Fabrik- oder Hofausfahrten usw. mit der Fahrbahn gilt nicht als Verzweigung» (Art. 1 Abs. 8 VRV). Mit diesem zweiten Satz von Art. 1 Abs. 8 VRV wird nicht eine natürliche Unterscheidung zwischen Verzweigungen und übrigem Zusammentreffen von Verkehrsflächen getroffen, sondern es werden nur Ausnahmen zu Satz 1 derselben Bestimmung aufgezählt. Dabei sind diese Ausnahmen nicht abschliessend, wie die Beifügung «usw.» verdeutlicht. Gewisse Grundsätze und Kriterien zur Unterscheidung von Strassenverzweigungen und Einmündungen ohne Verzweigungscharakter hat die Rechtsprechung entwickelt. Liegt keine der in Art. 1 Abs. 8

VRV beispielhaft erwähnten Ausnahmen vor, sind die Art und Anlage, die Grösse und das Erscheinungsbild der Einmündung zu beachten und zu werten. Weitere Momente können die Verkehrsbedeutung und das Verkehrsfrequenzgefälle zwischen den beiden Verkehrsflächen bilden, allenfalls auch die Fahrbahnbeschaffenheit. In bestimmten Fällen kann unklar sein, ob eine Zufahrt unter Art. 1 Abs. 8 VRV zu subsumieren sei. Diese Frage stellt sich insbesondere bei kleinen Strässchen, die etwa nur bestimmten Personen offen stehen oder nur wenige Häuser bedienen. In solchen Fällen stellt die Rechtsprechung zusätzlich auf die Bedeutung des Verkehrsweges ab, die dieser für den allgemeinen Verkehr hat, insbesondere im Vergleich mit der Strasse, mit der er zusammentrifft. Entsprechend sind Strässchen, die nur bestimmten Personen offen stehen oder als Stichstrassen bzw. Sackgassen wenige Häuser bedienen, nicht vortrittsberechtigt. Da die in der Rechtsprechung verwendeten Kriterien für die Entscheidung unklarer Fälle für den Ortsunkundigen teilweise nicht visuell erkennbar sind, sollten nur solche berücksichtigt werden, die in Erscheinung treten. So braucht das Bedeutungsgefälle zwischen zwei Strassen an einer Kreuzung nicht in Erscheinung zu treten, ebenso wenig die Tatsache, dass die eine Strasse wenigstens zeitweise viel Verkehr aufweist oder dass sie grössere Ortsteile oder Ortschaften miteinander verbindet. Es braucht an einer Kreuzung auch nicht erkennbar zu sein, dass eine Strasse nur eine kurze Sackgasse darstellt, die lediglich einzelne wenige Häuser bedient. All diese objektiven Kriterien beruhen auf Kenntnissen, über die allenfalls Ortskundige verfügen oder aber Richter, die sich im Nachhinein detaillierte Ortspläne unterbreiten lassen. «Als Fazit muss gelten, dass nur auf das Erscheinungsbild im Bereich der Kreuzung abgestellt werden darf, wie es sich dem daherfahrenden Ortsunkundigen darbietet» (vgl. zum Ganzen René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Aufl., S. 375–379).

Massgebend ist damit vorliegendenfalls allein das Erscheinungsbild des Strassenstückes, das sich dem auf dem Sennweg abwärts fahrenden Verkehrsteilnehmer im Bereich der Unfallstelle zeigt. Dieses Erscheinungsbild vermittelt jenem, wie die von X selbst eingereichten Fotodokumentationen zeigen, den Eindruck, auf einem übergeordneten Verkehrsweg zu fahren, erscheint doch das von rechts einmündende Strassenstück, das zudem erst auf relativ kurze Distanz erkennbar wird, wie die Einmündung eines Waldweges oder die Einmündung einer Hofausfahrt, worauf auch die Tafel «Privatstrasse/Kein Durchgang» hindeutet. Daran vermag weder der in erster Linie für die Verkehrsteilnehmer auf dem Strassenstück Sennweg aufgestellte Spiegel (der den Verkehrsteilnehmern auf dem Sennweg nicht vorangekündigt wird) noch die Tatsache, dass es sich beim Sennweg um eine für den motorisierten Verkehr nur als Zubringerstrasse signalisierte Verkehrsfläche handelt, etwas zu ändern. Nur nebenbei sei erwähnt, dass der Sennweg als Gemeindestrasse 3. Klasse, der Zufahrtsweg zur Liegenschaft des X dagegen nicht klassifiziert ist. Auch wenn dies, weil allein der optische Eindruck massgebend sein sollte, in den Hintergrund tritt, ist es doch ein Indiz für die Bedeutung der beiden Verkehrsflächen.

## 7. Raumplanung und Baurecht

---

### 24

*Art. 1, 3 und 13 RPG (SR 700); Art. 29, 30 und 46 RPV (SR 700.1); Art. 32 f. BauG (sGS 731.1).* Grundprinzipien bei der Überprüfung der kommunalen Nutzungsplanung und Voraussetzungen für die Änderung eines Zonenplans. Werden Fruchtfolgeflächen zur Deckung von Baulandbedarf beansprucht, sind die massgeblichen Einzelaspekte im Rahmen einer qualifizierten Interessenabwägung zu würdigen.

*Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2005*

Aus den Erwägungen:

3. a) Dem Staat steht bei der Prüfung der kommunalen Nutzungsplanung die Rechts- und Ermessenskontrolle zu (Art. 3 Abs. 2 BauG). Bei der Orts- und Regionalplanung wahrt er den nötigen Ermessensspielraum der Politischen Gemeinden (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 BauG und Art. 2 Abs. 3 RPG). Weder die Regierung als Rechtsmittelinstanz noch das Baudepartement bzw. das Amt für Raumentwicklung als Genehmigungsinstantz dürfen das eigene Ermessen anstelle desjenigen der Gemeinde setzen. Die Prüfungsbehörden haben es den Gemeinden zu überlassen, unter mehreren verfügbaren und zweckmässigen Lösungen zu wählen. Die kantonalen Behörden können jedoch bei ihrer Zweckmässigkeitskontrolle nicht erst dann einschreiten, wenn die Lösung der Gemeinde ohne sachliche Gründe getroffen wurde und schlechthin unhaltbar ist. Sie haben die Ortsplanung vielmehr zu korrigieren, wenn sie sich aufgrund überkommener öffentlicher Interessen als unzulässig erweist oder wenn sie den wegleitenden Grundsätzen und Zielen der Raumplanung nicht entspricht oder unzureichend Rechnung trägt (B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 67 mit Hinweisen).

b) Bei der Überprüfung der Nutzungsplanung ist die Kognition des Verwaltungsgerichts beschränkt. Dieses ist lediglich zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Eine Ermessenskontrolle gegenüber Regierung und Verwaltung steht dem Verwaltungsgericht nicht zu. Dies bedeutet, dass es den Ermessensspielraum der Regierung zu respektieren hat. Bei der Überprüfung von Planungsmassnahmen darf daher das Verwaltungsgericht einen Entscheid der Regierung nur ändern oder aufheben, wenn Rechtsnormen oder Rechtsgrundsätze verletzt wurden. Soweit es um die Ausübung des pflichtgemässen Ermessens geht, ist dem Verwaltungsgericht eine Korrektur eines Planungsentscheids verwehrt (vgl. GVP 1996 Nr. 12). Ist ein solcher sachlich haltbar und zweckmässig, so ändert ihn das Verwaltungsgericht selbst dann nicht ab, wenn es eine andere Lösung als ebenso zweckmässig erachtet oder sogar bevorzugen würde (anstelle vieler VerwGE vom 5. Juli / 21. August 2001 i. S. S. AG/ Pol. Gde. B.).

c) Bei der Nutzungsplanung sind die Grundprinzipien der Raumplanung zu beachten. Diese ergeben sich aus Art. 75 BV sowie aus Art. 1, 3 und 14 ff. RPG. Nach Art. 75 Abs. 1 BV legt der Bund die Grundsätze der Raumplanung fest. Diese obliegt den Kantonen und dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes. Zu den Planungsgrundsätzen gehören namentlich die Schonung der Landschaft sowie die Gestaltung der Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung und die Begrenzung der Siedlungen, die Förderung und der Schutz der Wirtschaft sowie die Förderung und der Schutz sozialer und kultureller Werte (Art. 1 Abs. 2 sowie Art. 3 Abs. 2 und 3 RPG; P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 81 ff.; Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, S. 54 ff.; GVP 1996 Nr. 12).

Im Bereich der Nutzungsplanung steht der Planungsbehörde ein weitreichender Ermessensspielraum zu. Die Planungsgrundsätze, wie sie in Art. 1 und 3 RPG verankert sind, sind als Rechtsgrundsätze zwar einer Überprüfung zugänglich. Sie bilden aber kein widerspruchloses Zielsystem, sondern stellen vielmehr Wertungsgesichtspunkte dar, die im Einzelfall der Harmonisierung bedürfen. Sie dienen als Anleitung und Massstab bei der Abwägung der planerischen Interessen. Die Planungsgrundsätze sind unmittelbar justizabel und für die Planungsbehörden aller Stufen verbindlich. Es lässt sich aber in der Regel aus den Planungsgrundsätzen kein Anspruch des Einzelnen auf Erlass bestimmter planerischer Massnahmen ableiten. Hingegen kann eine Verletzung von Planungsgrundsätzen geltend gemacht werden, wenn sich der Betroffene gegen eine raumplanerische Massnahme zur Wehr setzen will (Haller/Karlen, a. a. O., S. 55).

Die Frage des vollständigen Einbezugs der massgeblichen Einzelaspekte in die Interessenabwägung im Rahmen der Planung unterliegt grundsätzlich der Rechtskontrolle (GVP 1996 Nr. 12; Hänni, a. a. O., S. 86 f.). Ein Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum steht der Planungsbehörde aber namentlich dort zu, wo es um die Wertung bzw. Gewichtung der einzelnen Grundsätze geht. Dieser Vorgang ist der Rechtskontrolle entzogen (Hänni, a. a. O., S. 87).

d) aa) Die Beschwerdeführer rügen zunächst, dass die im vorliegenden Fall zu beurteilende Umzonung resp. die Revision des Zonenplans im Rahmen von Art. 32 Abs. 1 BauG wichtiger öffentlicher Interessen bedürfe; es müssten wesentlich veränderte Verhältnisse bzw. wesentliche neue Bedürfnisse ausgewiesen werden, um einen bestehenden Zonenplan abändern zu können. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht gegeben, weshalb der geltende Zonenplan Bestand haben müsse.

bb) Nach Art. 21 Abs. 2 RPG werden Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben. Ebenso bestimmt Art. 32 Abs. 1 BauG, dass Baureglement, Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- und Abbaupläne sowie Schutzverordnungen geändert oder aufgehoben werden, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn

wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind. Nach Ablauf von zehn Jahren kann der Grundeigentümer die Überprüfung der Rechtsgültigkeit von Baureglement, Zonen-, Überbauungs-, Gestaltungs-, Deponie- und Abbauplänen sowie Schutzverordnungen verlangen (Art. 33 Abs. 1 BauG).

Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass ein Zonenplan seinen Zweck nur erfüllen kann, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist (BGE 120 Ia 230 f. mit Hinweisen). Andererseits sind Pläne revidierbar, da dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen (BGE 123 I 182 f.). Für die Frage, ob die Veränderung der Verhältnisse erheblich ist und damit ein öffentliches Interesse an einer Planänderung besteht, bedarf es einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung u. a. der Geltungsdauer des anzupassenden Zonenplans, seines Inhalts, des Ausmasses der beabsichtigten Änderung und deren Begründung (vgl. BGE 128 I 198 f.). Je neuer ein Zonenplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen (BGE 120 Ia 233). Nach Ablauf des Planungshorizonts, der für Bauzonen 15 Jahre beträgt (Art. 15 lit. b RPG), sind Zonenpläne grundsätzlich einer Überprüfung zu unterziehen und nötigenfalls anzupassen (BGE 1P.293/1994 in ZBI 97/1996, S. 36 ff.), wobei auch veränderte politische Vorstellungen zum Ausdruck kommen können. Je näher eine Planungsrevision dieser Frist kommt, desto geringer ist das Vertrauen auf die Beständigkeit des Plans, und umso mehr können auch geänderte Anschauungen und Absichten der Planungsorgane als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden (BGE 1P.611/2001 in ZBI 104/2003, S. 654).

cc) Der Zonenplan der Beschwerdebeteiligten datiert vom 15. August 1979 und wurde lediglich durch den Ergänzungsplan zur Landwirtschaftszone im Jahr 1990 modifiziert. Die Grundzüge des zurzeit bestehenden Planungsinstrumentariums wurden also vor mehr als zwanzig Jahren erarbeitet.

dd) Mit der Revision des Zonenplans möchte die Beschwerdebeteiligte eine Grundlage für ein geordnetes und mässiges Wachstum ihrer Bevölkerung sicherstellen, die Bauzonen innerhalb des Siedlungsgebietes auf ihre Zweckmässigkeit hin überprüfen und allenfalls den heutigen und zukünftigen Bedürfnissen anpassen. Zugleich sollen die Möglichkeiten eines vielfältigen Nutzungs- und Gestaltungsspielraums geprüft werden. Des weitern soll die Ortsplanung auf das eidgenössische Raumplanungs- und Umweltschutzgesetz abgestimmt werden (vgl. Planungsbericht der Politischen Gemeinde X. vom 27. Mai 2003, S. 3). Mit Blick auf diese nachvollziehbaren Anliegen und die verhältnismässig lange Geltungsdauer des bestehenden Zonenplans sind die Voraussetzungen für eine Änderung des Zonenplans nach Art. 32 Abs. 1 BauG erfüllt. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführer erweisen sich als unbegründet.

e) aa) Die Beschwerdeführer fordern, dass die Parzelle Nr. •• als Fruchtfolgefläche weiterhin in der Landwirtschaftszone zu belassen sei. Ein Ermessenspiel-



raum hinsichtlich der Frage, ob Fruchtfolgeflächen einer anderen Zone zugewiesen werden können, komme der Beschwerdebeteiligten nicht zu. Selbst wenn dem so wäre, erfüllten die Erwägungen der Vorinstanz die Anforderungen an eine qualifizierte Interessenabwägung nicht.

Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass der Bedarf der Gemeinde an zusätzlichem Bauland ausgewiesen sei. Diese Gemeindeinteressen würden die gesetzliche Verpflichtung an der Zuweisung von Fruchtfolgeflächen zur Landwirtschaftszone überwiegen, zumal das Siedlungsgebiet von X. beinahe vollständig von Fruchtfolgeflächen umgeben sei. An der Zweckmässigkeit der Zonenplanrevision vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass nicht sämtliche, nach geltendem Zonenplan dem übrigen Gemeindegebiet zugeteilten Gebiete in die Bauzone umgeteilt würden. Dies gelte auch für das von den Beschwerdeführern erwähnte Vergleichsobjekt L. Zum einen verlaufe quer über die Parzelle ein Wildtierkorridor vom G.- zum St.-tobel, zum andern würden auch die auf diesem Gebiet befindlichen Gewässereindolungen eine Überbauung der Parzelle erschweren.

bb) Bei der Erfüllung raumplanerischer Aufgaben haben die Planungsbehörden die im positiven Recht normierten Ziele und Grundsätze zu berücksichtigen. Solche ergeben sich aus dem Bundesrecht sowie aus dem kantonalen Recht, wobei eine umfassende Berücksichtigung und Abwägung der verschiedenen Interessen vorgenommen werden muss (BGE 114 Ia 374). Bei der Durchführung einer konkreten Planung sind aufgrund von Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 RPG alle Interessen, seien es öffentliche oder private, zu beachten, welche aufgrund der konkreten Umstände und des geltenden Rechts als massgebend erscheinen (BGE 113 Ib 230 f.).

Das Raumplanungsgesetz verlangt unter anderem, dass Bund, Kantone und Gemeinden mit raumplanerischen Massnahmen die Bestrebungen zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und zur Sicherung einer ausreichenden Versorgungsbasis des Landes unterstützen (Art. 1 Abs. 2 lit. a und d RPG). Besonders zu schützen sind die Fruchtfolgeflächen (Art. 30 RPV). Sie sind Teil der für die landwirtschaftliche Nutzung geeigneten Flächen (Art. 16 Abs. 1 lit. a RPG). Der Bund setzt den Mindestumfang der Fruchtfolgeflächen in einem Sachplan fest (Art. 13 RPG in Verbindung mit Art. 29 RPV). Die Kantone zeigen in ihren Richtplänen die zum Schutz der Fruchtfolgeflächen erforderlichen Massnahmen und sorgen dafür, dass sie in den Nutzungsplänen den Landwirtschaftszonen zugeteilt werden (Art. 30 Abs. 1 und 2 RPV).

Der Wortlaut des Bundesratsbeschlusses über den Sachplan Fruchtfolgeflächen wie auch derjenige von Art. 30 Abs. 2 RPV sind verbindlich gehalten und sehen keine Ausnahmen vor. Auch der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verbietet es den Kantonen grundsätzlich, von den bundesrechtlichen Vorgaben abzuweichen. Die Bundessachplanung hat indessen auf die Erfordernisse der Raumplanung Rücksicht zu nehmen. Sie ist auf Konsens und Koordination ausgerichtet und begründet kein Subordinationsverhältnis zur kantonalen Raumplanung. Schon deshalb ist der Schutz der kantonalen Fruchtfolgemindestflächen

gemäss der in der Lehre vertretenen Ansicht nicht absolut. Diese Meinung wird durch die Formulierung von Art. 6 Abs. 4 RPG gestützt, wonach die Kantone in der Richtplanung die Sachpläne des Bundes lediglich zu berücksichtigen haben. Eine blosser Berücksichtigung schliesst nicht aus, dass in begründeten Fällen davon abgewichen werden darf. Trotzdem rechtfertigt sich ein Unterschreiten der kantonalen Mindestflächen aber nur in Ausnahmefällen. Bei der Festlegung des Mindestumfanges der Fruchtfolgeflächen wurde in erster Linie der Planungsgrundsatz von Art. 3 Abs. 2 lit. a RPG, wonach der Landwirtschaft genügend geeignetes Kulturland erhalten bleiben soll, konkretisiert. Eine Interessenabwägung wurde somit bereits im Rahmen der Sachplanung vorgenommen; sie darf durch die kantonalen oder kommunalen Planungsträger nachträglich nur mehr dann umgestossen werden, wenn sich hinsichtlich der konkreten Umstände ein anderes Bild ergibt. Nur wenn sich die Verhältnisse seit Erlass des Sachplans erheblich geändert haben, so etwa wenn den Kantonen der Schutz der Mindestflächen nicht mehr weiter zugemutet werden kann, dürfen sie von den (nunmehr unzweckmässigen) Vorgaben des Sachplans abweichen. Aufgrund des Sachplans wie auch aufgrund der RPV kommt also dem Schutz der Fruchtfolgeflächen innerhalb der raumplanerischen Interessenabwägung vorrangige Bedeutung zu. Sofern kommunale Nutzungspläne Fruchtfolgeflächen zu beseitigen drohen, sollten sie grundsätzlich nur genehmigt bzw. bewilligt werden, wenn der kantonale Mindestanteil nicht unterschritten wird (F. Jost, Grösse und Lagen von Bauzonen, Diss. Zürich 2000, S. 179 f. mit weiteren Hinweisen). Werden durch die Änderung der Nutzungsplanung, namentlich durch eine Ausdehnung der Bauzone, die Fruchtfolgeflächen um mehr als 3 ha vermindert, so ist dies dem Bundesamt für Raumentwicklung rechtzeitig mitzuteilen (Art. 46 RPV). Dieses prüft, ob die Verminderung mit den Zielen und Grundsätzen des Raumplanungsgesetzes übereinstimmt und sucht zusammen mit dem Planungsträger nach einvernehmlichen Lösungen (Merkblatt zum Vollzug des Sachplanes Fruchtfolgeflächen [Ausgabe 1995], Bern 1995). Soweit in einem Kanton über den Mindestumfang hinaus noch weitere Fruchtfolgeflächen bestehen, bleibt eine umfassende raumplanerische Interessenabwägung bei der Wahrnehmung von raumwirksamen Tätigkeiten uneingeschränkt vorbehalten. Selbst dann kommt aber dem Interesse am Erhalt von Fruchtfolgeflächen im Rahmen der Interessenabwägung ein sehr hohes Gewicht zu. Insbesondere sollte eine Verminderung nur in Frage kommen, wenn kein qualitativ vollwertiger Flächenausgleich möglich ist (Jost, a. a. O., S. 180 mit weiteren Hinweisen).

cc) Am 8. April 1992 setzte der Bundesrat den Mindestumfang der Fruchtflächen und deren Aufteilung auf die Kantone im Sachplan Fruchtfolgeflächen fest und wies 12 500 ha dem Kanton St. Gallen zu. Nachdem die Fruchtfolgeflächenkarte 1:25 000 des Baudepartements vom Oktober 1984 nur 10 000 ha Fruchtfolgeflächen auswies, mussten weitere Flächen ausgeschieden werden (vgl. Richtplan SG 01, Koordinationsblatt V 11 Fruchtfolgeflächen FFF [S. 1]). Gemäss Auskunft des Amtes für Raumentwicklung vom 7. September 2005 waren Ende 2004 12 749 ha

als Fruchtfolgefläche ausgeschieden, davon waren 12 150 ha in der Landwirtschaftszone gesichert.

dd) Im Koordinationsblatt V 11 Fruchtfolgeflächen zum Richtplan des Kantons St.Gallen ist festgehalten, welche Gesichtspunkte anlässlich einer qualifizierten Interessenabwägung bei der Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen massgebend sind. Demnach ist zu prüfen, ob die beanspruchten Fruchtfolgeflächen rückführbar, bedingt rückführbar oder nicht rückführbar sind, ob für die beantragte Beanspruchung ein besonderer Bedarf (wesentliche neue Bedürfnisse, gleichwertige oder höher gestellte Interessen) ausgewiesen wird, ob für den besonderen Bedarf bereits der Bauzone zugewiesene Flächen in Frage kommen können, ob für den besonderen Bedarf keine für die landwirtschaftliche Nutzung weniger gut geeignete Flächen beansprucht werden können, ob die jährliche Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen 12 ha nicht übersteigt und der im Sachplan des Bundes festgesetzte Mindestumfang von 12 500 ha unterschritten wird. Im folgenden ist zu prüfen, ob die zu beurteilende Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen diesen Kriterien für eine qualifizierte Interessenabwägung genügt.

aaa) Wie vorstehend ausgeführt, spielt bei der vorzunehmenden qualifizierten Interessenabwägung die Frage der Rückführbarkeit der beanspruchten Fruchtfolgeflächen eine Rolle. Die Parzelle Nr. •• ist als Fruchtfolgefläche zur Zeit der Landwirtschaftszone zugeordnet. Durch die geplante Umzonung soll ein Teil der Bauzone (0,7 ha) und ein Teil dem übrigen Gemeindegebiet (2 ha) zugeordnet werden, während der restliche Teil in der Landwirtschaftszone verbleiben soll. Hinsichtlich der Bauzone ist ohne weiteres von einem definitiven Verlust von Fruchtfolgeflächen auszugehen, da zu erwarten ist, dass diese Fläche in absehbarer Zeit überbaut wird. Aber auch in bezug auf denjenigen Teil, der dem übrigen Gemeindegebiet zugeordnet wird, ist mittel- und längerfristig ebenfalls von einem definitiven Verlust von Fruchtfolgeflächen auszugehen. Aus dem Planungsbericht der Beschwerdebeteiligten vom 27. Mai 2003 geht klar hervor, dass die dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesene Fläche für eine spätere bauliche Entwicklung vorgesehen ist und nur deshalb nicht direkt eingezont wird, weil das Baulandangebot in massvollen Grenzen gehalten werden soll (S. 13). Mithin ist davon auszugehen, dass die in bezug auf die Parzelle Nr. •• beanspruchte Fruchtfolgefläche von 2,7 ha nicht rückführbar ist.

bbb) Zu prüfen ist sodann, ob für die beantragte Beanspruchung ein besonderer Bedarf ausgewiesen ist. Die Beschwerdebeteiligte begründet die Inanspruchnahme der Fruchtfolgefläche mit dem Bedarf an zusätzlichem Bauland. Die Ausscheidung von zusätzlichem Bauland ermögliche die von der Bevölkerung für die nächsten zehn bis fünfzehn Jahre gewünschte Bevölkerungsentwicklung auf 3 500 bis 4 000 Einwohner.

Die Voraussetzungen für die Zusage von Land zu Bauzonen sind in Art. 15 RPG geregelt. Demnach umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet und zusätzlich entweder weitgehend überbaut ist (lit. a) oder voraussichtlich

innert fünfzehn Jahren benötigt und erschlossen wird (lit. b). Diese im Bundesrecht verankerte Umschreibung der Bauzone bindet die Kantone, weshalb sie den Begriff weder enger noch weiter fassen dürfen (Hänni, a. a. O., S. 148). Bei der Prüfung von Zonenplänen kommt der Baugebietsabgrenzung im Hinblick auf eine zweckmässige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedlung des Landes zentrale Bedeutung zu. Die Abgrenzung des Baugebiets gehört denn auch zu den Grundbedingungen jeder Planung. In diesem Sinn gebietet das RPG, dass Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen sind (Art. 3 Abs. 3 RPG). Gefordert ist nicht nur eine flächenmässige Beschränkung, sondern auch eine klare Abgrenzung von Siedlung und Landschaft. In diesem Sinn sind bodenverändernde Nutzungsansprüche in räumlich zusammenhängenden Bauzonen zu verwirklichen, damit die zu erhaltende Landschaft die ihr zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann. Die Nutzungsplanung einer Gemeinde hat stets als Ganzes den Anforderungen des Raumplanungsgesetzes zu genügen (ZBI 103/2002, S. 580). Mit dem Kriterium des Baulandbedarfs innerhalb des Planungshorizonts von fünfzehn Jahren (Art. 15 lit. b RPG) soll die Dimension der Bauzonen im Interesse einer haushälterischen Nutzung des Bodens und einer geordneten Besiedlung begrenzt werden. Eine solche Begrenzung liegt im öffentlichen Interesse, denn zu gross bemessene Bauzonen sind nicht nur unzweckmässig, sondern gesetzeswidrig (BGE 117 Ia 307 mit Hinweisen). Andererseits darf der Baulandbedarf für sich allein nicht als einziges massgebendes Planungskriterium Geltung beanspruchen. Denn selbst wenn ein weitergehender Baulandbedarf ausgewiesen ist oder zumindest nicht zweifelsfrei verneint werden kann, kann dieser Gesichtspunkt nicht isoliert für eine Zuordnung einer Fläche in eine Bauzone betrachtet werden. Dies käme einem unzulässigen Planungsautomatismus gleich (vgl. M. Bertschi, Die Umsetzung von Art. 15 lit. b RPG über die Dimensionierung der Bauzonen, Diss. Zürich 2001, S. 20). Die Bauzonenausscheidung hat wie alle Raumplanungen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung zu verwirklichen (Art. 75 Abs. 1 BV). Sie stellt eine Gestaltungsaufgabe dar und unterliegt einer gesamthaften Abwägung und Abstimmung aller räumlich wesentlichen Gesichtspunkte und Interessen (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 RPG; Urteil 1P.218/2001 des Bundesgerichts vom 13. Januar 2001 i. S. Volketswil mit Hinweisen auf BGE 116 Ia 232 und 114 Ia 368 ff.).

Vorliegend ist unbestritten, dass sich derjenige Teil der Parzelle Nr. ●●, welcher der Wohnzone bzw. dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen wird, für eine Überbauung eignet. Ausgewiesen ist sodann der grundsätzliche Bedarf der Gemeinde X. an zusätzlichem Bauland. Die Politische Gemeinde X. strebt für die nächsten zehn bis fünfzehn Jahre eine Entwicklung der Einwohnerzahl auf 3 500 bis 4 000 Einwohner an. Ende 2000 wohnten in X. 3 200 Personen (Planungsbericht der Gemeinde X. vom 27. Mai 2003, S. 5). Die 2001 ausgewiesenen Baulandreserven reichen theoretisch für ca. 650 Einwohner, wobei jedoch etwa zwei Drittel für eine Weiterentwicklung nicht zur Verfügung stehen (Planungsbericht der Gemeinde X.

vom 27. Mai 2003, S. 7). Die neu eingezonten Gebiete weisen ein Einwohnerpotential von ca. 200 Personen auf, davon entfallen rund 160 Personen auf die Zonen W1a und W1b. Damit kann die angestrebte mässige Einwohnerentwicklung für die nächsten zehn bis fünfzehn Jahre sichergestellt werden (Planungsbericht der Gemeinde X. vom 27. Mai 2003, S. 13). Unter diesen Umständen ist ein Bedarf für die beantragte Beanspruchung grundsätzlich ausgewiesen. Dieser Umstand alleine genügt indes entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht, damit die Gemeindefürsorge die gesetzliche Verpflichtung an der Zuweisung von Fruchtfolgeflächen zur Landwirtschaftszone überwiegen. Wie vorstehend dargelegt wurde, kann der Baulandbedarf für sich alleine keine Bauzonengrösse bestimmen (BGE 117 Ia 432, 117 Ib 9, 116 Ia 221, 115 Ia 339, 114 Ia 369). Hinzu kommt, dass in der Gemeinde X. gemäss Planungsbericht vom 27. Mai 2003 ein Grossteil der bestehenden und neu geschaffenen Wohnzone auf die Wohnzonen W1a und W1b und damit auf Zonen mit vergleichsweise geringen Ausnützungsziffern von 0,35 bzw. 0,40 entfallen.

ccc) Zu prüfen ist im weiteren, ob für den besonderen Bedarf bereits der Bauzone zugeschiedene Flächen in Frage kommen bzw. ob keine für die landwirtschaftliche Nutzung weniger gut geeignete Flächen beansprucht werden können.

Bereits der Bauzone zugeschiedene Flächen stehen vorliegend unbestrittenermassen nicht zur Verfügung. In bezug auf die Frage, ob für den besonderen Bedarf keine für die landwirtschaftliche Nutzung weniger gut geeignete Flächen beansprucht werden können, stellen sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt, die geltende Zonenordnung umfasse genügend Reserven, um die 0,7 ha Wohnzone, die auf der Parzelle Nr. •• ausgeschieden werden sollen, sicherzustellen. Es verbleibe auch genügend Reservezone, um die von der Bürgerschaft gewünschte moderate bauliche Entwicklung der Gemeinde X. auch in künftigen Planungszeiträumen zu gewährleisten. Insbesondere verbleibe das Areal L. uneingeschränkt im übrigen Gemeindegebiet, obwohl der betreffende Grundeigentümer im Rahmen der Ortsplanungsrevision ein Einzonungsbegehren für den nördlichen Teil seiner Liegenschaft gestellt habe. Unter Hinweis auf einen angeblichen Wildkorridor und Gewässereindolungen habe die Vorinstanz versucht, die Eignung dieses Areals als Bauland herunterzuspielen.

Gemäss dem kantonalen Richtplan führt durch das Gebiet L. ein Wildtierkorridor. Mit einer Überbauung würde dieser Wildtierkorridor vom G.- zum St.tobel unterbrochen. Entsprechend der Stellungnahme des Amtes für Raumentwicklung vom 3. März 2004 ist es äusserst wichtig, dass dieser Wildtierkorridor vollumfänglich erhalten bleibt. Um seiner Funktion gerecht zu werden, müsse der Korridor über eine gewisse Breite verfügen. Aus Sicht der kantonalen Fachstellen würde der Wert des Korridors bei einer weiteren Verengung zu stark gemindert und dessen Funktion gar in Frage gestellt. Die Genehmigung einer Einzonung könne daher aus ökologischen Gründen nicht in Aussicht gestellt werden. Im weiteren wird ausgeführt, dass sich im Planungsgebiet zwei Gewässereindolungen befänden. Im Falle einer Einzonung müsse die Offenlegung der Bachläufe gesichert werden.

Mit Blick auf diese Einschätzung, welche auf Stellungnahmen verschiedener kantonaler Fachstellen beruht, kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die Eignung des Areals L. als Bauland «heruntergespielt». Der Wildtierkorridor wird im Richtplan kartographisch erfasst. Die Erhaltung des Wildtierkorridors muss als naturschützerisches Interesse (Art. 78 BV) bei der Nutzungsplanung berücksichtigt werden (vgl. BGE 128 II 10 f.). Im weiteren ist mit Blick auf die Siedlungsentwicklung zu berücksichtigen, dass die beabsichtigte Einzonung im Gebiet G.-strasse zu einer Verdichtung und Arrondierung des sternförmigen Siedlungsgebiets der Gemeinde X. beiträgt. Es ist aus raumplanerischer Sicht nachvollziehbar und zweckmässig, wenn eine Konzentration der Siedlungsfläche angestrebt wird. Eine Einzonung des Gebiets L., welches weniger zentrumsnah liegt, erwiese sich unter diesem Aspekt als weniger vorteilhaft. Ob sich unter diesen Umständen ein Verbleib des Areals L. im übrigen Gemeindegebiet noch rechtfertigen lässt, erscheint fraglich, braucht an dieser Stelle allerdings nicht geprüft zu werden. Auf den von den Beschwerdeführern beantragten Beizug des Einzonungsbegehrens und der Akten des Einspracheverfahrens ist zu verzichten. Bezüglich des Gebiets H., welches nach dem geltenden Zonenplan ebenfalls im übrigen Gemeindegebiet liegt, fällt in Betracht, dass der westliche Teil mit der vorliegenden Zonenplanrevision der Bauzone zugewiesen wird und nur der östliche Teil, der ebenfalls Fruchtfolgefläche darstellt, im übrigen Gemeindegebiet verbleibt. Somit kann auch bezüglich des Gebiets H. nicht gesagt werden, dass eine für die landwirtschaftliche Nutzung weniger gut geeignete Fläche beansprucht werden könnte.

ddd) Als weiterer Prüfpunkt bei der Interessenabwägung zur Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen ist zu beachten, ob die jährliche Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen 12 ha nicht übersteigt und ob der im Sachplan des Bundes festgesetzte Mindestumfang von 12 500 ha unterschritten wird.

Die im Recht liegenden Akten geben keinen Aufschluss über die zu erwartende Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen im Jahr 2005. Indes steht fest, dass alleine im Zuge der Revision des Zonenplans der Beschwerdebeteiligten 4,8 ha Fruchtfolgefläche beansprucht werden (Planungsbericht der Gemeinde X. vom 27. Mai 2003 S. 17). Sodann wird im Schreiben des Amtes für Raumentwicklung vom 7. September 2005 festgehalten, dass im Jahr 2005 im Vergleich mit dem Zustand Ende 2004 im Kanton ein Verbrauch von Fruchtfolgeflächen stattgefunden hat.

Bezüglich der Frage, ob der im Sachplan des Bundes festgesetzte Mindestumfang von 12 500 ha unterschritten wird, fällt in Betracht, dass entsprechend dem Schreiben des kantonalen Amtes für Raumentwicklung vom 7. September 2005 lediglich 12 150 ha als Fruchtfolgeflächen in der Landwirtschaftszone gesichert sind. Das Bundesamt für Raumentwicklung stellt sich im Prüfungsbericht zur Gesamtüberarbeitung des Richtplans des Kantons St.Gallen vom 3. Dezember 2002 auf den Standpunkt, dass lediglich diejenigen Flächen, die in der Landwirtschaftszone gesichert sind, für den Mindestumfang herangezogen werden dürfen (S. 11). Dies würde bedeuten, dass der Mindestumfang gegenwärtig unterschritten wird.

Wie es sich damit im einzelnen verhält, kann offenbleiben. Wesentlich ist, dass, wie vorstehend ausgeführt, selbst bei der Einhaltung des vorgeschriebenen Mindestumfangs dem Interesse am Erhalt von Fruchtfolgeflächen im Rahmen der Interessenabwägung ein sehr hohes Gewicht zukommt. Insbesondere sollten Fruchtfolgeflächen auch bei der Einhaltung des Mindestmasses nur beansprucht werden, wenn ein qualitativ vollwertiger Ersatz möglich ist (Jost, a. a. O., S. 180 mit weiteren Hinweisen). Dementsprechend wird auch im Merkblatt zum Vollzug des Sachplanes Fruchtfolgeflächen des Bundesamtes für Raumentwicklung (früher Bundesamt für Raumplanung) von 1995 ausgeführt, dass die kantonale Fachstelle bei der Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen abzuklären hat, ob der Kanton in der Lage ist, für die nicht rückführbaren Fruchtfolgeflächen ganz oder teilweise Ersatz zu leisten. Den im Recht liegenden Akten kann nicht entnommen werden, dass sich der Kanton oder die Beschwerdebeteiligte je zur Frage einer möglichen Ersatzleistung für die beanspruchten Fruchtfolgeflächen im Kanton geäußert hätten. Schliesslich kann den Akten auch nicht entnommen werden, dass dem Bundesamt für Raumentwicklung vom Kanton mitgeteilt worden wäre, dass im Zuge der Revision der Zonenplanung in der Politischen Gemeinde X. eine Verminderung von Fruchtfolgefläche von mehr als 3 ha entsteht.

ee) Zusammenfassend steht fest, dass die in bezug auf die Parzelle Nr. •• beanspruchte Fläche von 2,7 ha nicht rückführbar ist. Der Baulandbedarf in X. und damit ein besonderer Bedarf für die Beanspruchung ist grundsätzlich ausgewiesen. Allerdings genügt dies allein im Rahmen der vorzunehmenden qualifizierten Interessenabwägung nicht für die Annahme eines überwiegenden Interesses an der Beanspruchung. Sodann steht – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer – fest, dass keine bereits der Bauzone zugewiesene oder für die landwirtschaftliche Nutzung weniger geeignete Fläche vorhanden ist. Indes wurde vorliegend weder geklärt, ob die jährliche Beanspruchung von 12 ha eingehalten ist, noch geprüft, ob für die beanspruchten Flächen im Kanton Ersatz geleistet bzw. aus welchen Gründen allenfalls darauf verzichtet werden kann. Die beanspruchte Fläche von 2,7 ha bzw. insgesamt 4,8 ha kann nicht als vernachlässigbar bezeichnet werden. Dies bedeutet, dass vorliegend nicht alle im Rahmen der geforderten qualifizierten Interessenabwägung auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abgewogen worden sind (vgl. BGE 114 Ia 376). Wie vorstehend ausgeführt worden ist, unterliegt der vollständige Einbezug der massgeblichen Einzelaspekte in die Interessenabwägung der Rechtskontrolle. Dies führt zum Schluss, dass die Beschwerde insofern teilweise gutzuheissen ist, als der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Vorinstanz wird über die Sache unter Berücksichtigung aller Interessen, insbesondere der Frage eines ganzen oder teilweisen Ersatzes der beanspruchten Fruchtfolgeflächen in der Gemeinde X. oder anderswo im Kanton und der Frage, ob der vorgeschriebene Mindestumfang eingehalten werden kann bzw. im Jahr 2005 mehr als 12 ha Fruchtfolgeflächen im Kanton beansprucht werden, nochmals zu befinden haben. Zu berücksichtigen wird im Rahmen der raumplanerischen Interessenabwägung

sodann sein, dass wie vorstehend dargelegt, ein Grossteil der neu geschaffenen Wohnzone auf die Wohnzone W1a und W1b mit einer verhältnismässig geringen Ausnützung entfallen. Das Begehren, die Vorinstanz bzw. der Gemeinderat X. seien anzuhalten, den revidierten Zonenplan zu ändern und das Grundstück Nr. •• in der Landwirtschaftszone zu belassen, wird hingegen abgewiesen.

## 25

*Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG (SR 700); Art. 13 Abs. 1 BauG (sGS 731.1).* Die Nutzung eines Gebäudes als Gebetsraum mit Cafeteria zur Religionsausübung von Muslimen mit höchstens 50 Personen bei normaler Nutzung und 200 Personen bei ausserordentlichen Anlässen ist in der Gewerbe-Industrie-Zone zonenkonform.

*Verwaltungsgericht, 20. Juni 2005*

Der Gemeinderat R. wies ein Baugesuch für die Nutzung eines in der Gewerbe-Industrie-Zone gelegenen Gebäudes für die Religions- und Kultusausübung von Muslimen ab mit der Begründung, die Nutzung sei nicht zonenkonform und die vorgesehenen Parkplätze ungenügend. Das Baudepartement hiess einen Rekurs der Gesuchsteller gut. Es erwog, die Umnutzung sei zonenkonform und die Grundstücke seien hinreichend erschlossen. Die Politische Gemeinde R. erhob Beschwerde, welche vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG setzt die Erteilung einer Baubewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Das Bauwerk muss zonenkonform sein. Zonenkonformität im Sinn des Bundesrechts setzt einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 360 mit Hinweis auf GVP 2000 Nr. 17 und GVP 1999 Nr. 91; P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 191 mit Hinweisen).

Das RPG enthält lediglich Rahmenvorschriften. Die Zonenkonformität ergibt sich für jede Zone aus dem Nutzungsplan und den zugehörigen Nutzungsvorschriften (vgl. Hänni, a. a. O., S. 191 mit Hinweisen und GVP 2000 Nr. 17). Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens, sie geben an, was höchstens erlaubt ist. Alles Mindere beziehen sie dabei grundsätzlich mit ein (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 361 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 91; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, N 3 zu Art. 14 RPG). Sind in einer Zone mehrere Nutzungsarten zulässig, ist jeder Grundeigentümer frei, zwischen ihnen zu



wählen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 361; E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 5b, S. 348 mit Hinweisen).

b) Nach Art. 13 Abs. 1 BauG sind Gewerbe-Industrie-Zonen für Gewerbe- und Industriebetriebe bestimmt, die zwar nur mässig stören, aber wegen der Grösse oder der Betriebsart nicht der Wohn-Gewerbe-Zone zuzuordnen sind. Die in der Gewerbe-Industrie-Zone erlaubten Betriebe unterscheiden sich somit von den in der Wohn-Gewerbe-Zone zugelassenen Betrieben durch die Grösse und die Betriebsart. Neben Gewerbebetrieben finden in der Gewerbe-Industrie-Zone auch eigentliche Industriebetriebe Platz. Bei der abstrakten Prüfung der Kategorien kann u. a. abgestellt werden auf die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse und die Anforderungen an die Infrastruktur (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 375 mit Hinweis).

aa) Art. 43 LRV definiert Empfindlichkeitsstufen mit den Begriffen «nicht störend», «mässig störend» und «stark störend». Soweit Bestimmungen des kantonalen Baurechts an diese Begriffe anknüpfen, kommt ihnen – soweit sie den Lärmschutz erfassen wollen – keine selbständige Bedeutung zu (vgl. Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 550; Hänni, a. a. O., S. 160). Selbständige Bedeutung können sie jedoch insofern beanspruchen, als sie ortsplannerisch motiviert sind. Aus städtebaulich-ästhetischen Gründen ist es zulässig, in der Wohnzone nur Gewerbe zuzulassen, die dem täglichen Bedarf der Bewohner dienen und die Bewilligung für einen «störenden» Autooccasionsbetrieb zu verweigern. Auch Betriebe mit grossem Verkehrsaufkommen verursachen Störungen, die nicht vom Umweltschutzrecht des Bundes erfasst werden (Gefährdung von Fussgängern, Parkplatzprobleme). Sie dürfen daher ebenfalls aufgrund kantonalen und kommunaler Normen über störende Betriebe in bestimmte Zonen verwiesen werden (vgl. Haller/Karlen, a. a. O., Rz. 551, und Hänni, a. a. O., S. 160 f. jeweils mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch GVP 2000 Nr. 17).

bb) Unter den Begriff des «Betriebs» fällt die Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu einem wirtschaftlichen Zweck (vgl. Zimmerlin, a. a. O., N 10 zu §§ 130–133 und Heer, a. a. O., Rz. 376). Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass in einer Gewerbe-Industrie-Zone auch Nutzungen mit ideellem Zweck zonenkonform sein können, soweit sie die Voraussetzungen hinsichtlich funktionalem Zusammenhang und abstraktem Immissionsmass einhalten (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 376 mit Hinweis auf GVP 1999 Nr. 91). Dementsprechend hält sie fest, sie habe gegen die seit dem Jahr 1996 bestehende Nutzung der benachbarten Liegenschaft durch den albanisch-islamischen Verein in Form eines Gebets- und Aufenthaltsraums mit Cafeteria für 10 bis 30 Personen je Tag nie Einwände erhoben. Sie stellt sich indessen auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Erwägungen, die ihrem Entscheid vom 6. Dezember 1999 betreffend Zonenkonformität einer Moschee mit Cafeteria in der Gewerbe-Industrie-Zone zugrunde liegen (vgl. GVP 1999 Nr. 91), zu Unrecht auf den hier in Frage stehenden Sachverhalt

übertragen. Ein eigentliches religiöses und kulturelles Zentrum der geplanten Gröszenordnung für einen geschlossenen Besucherkreis sei in einer Gewerbe-Industrie-Zone nicht mehr zonenkonform, zumal der positive funktionale Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck fehle.

cc) Die Beschwerdeführerin macht in dieser Hinsicht vorab geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, was die Kapazität des umgenutzten Gebäudes anbetreffe. Bei der Beurteilung des Projekts gehe sie von höchstens 50 Besuchern je Tag bzw. höchstens 200 Besuchern während des Fastenmonats Ramadan und an hohen Feiertagen aus. Diese Zahlen, von denen im Baugesuch die Rede sei, seien falsch. Beantragt werde eine Bewilligung für einen Gebetsraum und eine Cafeteria, die zusammen ohne weiteres 300 Personen Platz bieten würden. Von dieser Zahl sei auszugehen, zumal das Baugesuch keine mengenmässige Beschränkung von Personen vorsehe.

Das Baugesuch ist das an die zuständige Behörde gerichtete Begehren, das in den Bauvorlagen umschriebene Projekt aufgrund der einschlägigen öffentlichrechtlichen Vorschriften zu untersuchen und nach Massgabe des Prüfungsergebnisses die Bewilligung zur Bauausführung zu erteilen (vgl. Chr. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, Rz. 240; vgl. auch Zimmerlin, a. a. O., N 1, S. 369). Nach Art. 80 Abs. 2 BauG muss das Baugesuch die für die baupolizeiliche Beurteilung notwendigen Unterlagen, wie Situationsplan, Grundriss, Ansichten, Schnitte und Kanalisationspläne, enthalten. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Wichtig können beispielsweise Angaben über die Nutzungsart, die Zahl der Beschäftigten, die Art der Produkte oder Dienstleistungen und die Öffnungszeiten sein. Sodann hat der Entscheid über das Baugesuch nach einer Gesamtbeurteilung des Bauvorhabens aufgrund des Baugesuchs, der dazugehörigen Unterlagen, der Einsprachen und Vernehmlassungen als Gesamtentscheid zu ergehen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 883, 885, 852 und 969 und Zimmerlin, a. a. O., N 1a, S. 372 f.). Die Baubewilligung ist nach Art. 87 Abs. 1 BauG zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse entgegenstehen. Wie jeder Verwaltungsakt kann sie mit Nebenbestimmungen versehen werden, sofern sich diese aus dem Sinn des Rechtssatzes ergeben, auf den sich die Bewilligung stützt, und ein hinreichender Sachzusammenhang zwischen dieser sowie den Nebenbestimmungen besteht (vgl. Zimmerlin, a. a. O., N 5a, S. 378). Des weiteren gilt der Grundsatz, wonach Verwaltung und Gesuchsteller zu redlichem, vertrauenswürdigem, rücksichtsvollem Verhalten verpflichtet sind. Verpönt ist somit rechtsmissbräuchliches oder widersprüchliches Gebaren (vgl. Mäder, a. a. O., Rz. 340 mit Hinweisen).

Das Baugesuch ist mit folgenden Rahmenbedingungen gestellt worden: 1. Nutzung des Gebäudes als Gebetsraum und Aufenthaltsraum mit Cafeteria. 2. Nutzung für eine Besucherzahl von bis zu 200 Personen, wobei sich die Besucherzahl während der normalen Nutzung auf bis zu 50 Personen beläuft und an Feiertagen oder während des Ramadans auf bis zu 200 Personen ansteigt. 3. Die Öffnungszeiten richten sich nach den Schliessungszeiten gemäss Gastwirtschaftsgesetz (05.00–

24.00 Uhr). Aufgrund dieser klaren Angaben durfte die Vorinstanz ohne weiteres davon ausgehen, das Gebäude werde nach der Umnutzung normalerweise von höchstens 50 und bei ausserordentlichen Anlässen von höchstens 200 Personen je Tag genutzt. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe den Sachverhalt diesbezüglich unrichtig festgestellt, erweist sich deshalb als unbegründet. An dieser Beurteilung vermag nichts zu ändern, dass der Gebetsraum im Erdgeschoss nach den Plänen bis zu 200 Personen und der Aufenthaltsraum mit Cafeteria im Untergeschoss bis zu 100 Personen Platz bietet und dass das Amt für Feuerschutz bei der Bewilligungserteilung von 300 Besuchern ausgegangen ist.

dd) Des weiteren erweist sich die vorgesehene Nutzung des Gebäudes als Gebetsraum mit Cafeteria als zonenkonform. Der Sachverhalt, wie er sich aus dem Baugesuch ergibt, ist mit demjenigen, der dem Entscheid der Vorinstanz vom 6. Dezember 1999 (vgl. GVP 1999 Nr. 91) zugrunde liegt, insofern rechtlich vergleichbar, als dort die Frage zur Diskussion stand, ob eine Moschee mit Cafeteria in der Gewerbe-Industrie-Zone zonenkonform sei. Somit steht die gleiche Art der Nutzung zur Diskussion. Sodann ist die ordentliche Nutzung in beiden Fällen auf einen geschlossenen Personenkreis von rund 50 Personen je Tag ausgerichtet, weshalb – Feiertage und Ramadan ausgenommen – das ganze Jahr über mit bescheidenen Besucherfrequenzen zu rechnen ist. Die Zahl der Besucher je Tag ist denn auch nur unwesentlich höher als diejenige, welche heute im Nebengebäude anzutreffen ist, wo sich die Nutzung aus Sicht der Beschwerdeführerin als zonenkonform erweist (10 bis 30 Personen je Tag). Des weiteren ist auch während des Fastenmonats Ramadan und an Feiertagen gemäss den vorstehenden Ausführungen von höchstens 200 Personen je Tag auszugehen. Hinzu kommt, dass die Zahl der Besucher nicht täglich, sondern nur ausnahmsweise auf 200 ansteigen kann und dass selbst dann nicht davon auszugehen ist, es seien dauernd bzw. den ganzen Tag über bis zu 200 Personen anwesend. Auch die nach dem Baugesuch intensivste Nutzung des Gebäudes erreicht somit kein Ausmass, das mit einer Gewerbe-Industrie-Zone nicht in Einklang steht. Die Beschwerdeführerin erachtet es denn auch als zonenkonform, dass früher, als das Gelände noch zur Produktion von Gütern benutzt worden ist, dort ungefähr 250 Personen beschäftigt waren. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die nicht öffentlich zugängliche Cafeteria jeweils länger geöffnet sein soll als diejenige, die Gegenstand des Entscheides der Vorinstanz vom 6. Dezember 1999 ist. Abgesehen davon, dass sich heute im Gebäude auch ein Restaurant befindet, soll sie gemäss Baugesuch von 05.00 Uhr bis 24.00 Uhr betrieben werden, was den gesetzlichen Öffnungszeiten entspricht (vgl. Art. 16 Abs. 1 GWG). Schliesslich stellt die Tatsache, dass im vorliegenden Fall eine Fläche von 540 m<sup>2</sup> umgenutzt werden soll – dem Entscheid der Vorinstanz vom 6. Dezember 1999 lag eine solche von 250 m<sup>2</sup> zugrunde – keinen Grund dar, die Baubewilligung am geplanten Standort mangels Zonenkonformität der Nutzungsart zu verweigern. Die Vorinstanz hat sich somit zu Recht auf ihr eigenes Präjudiz aus dem Jahr 1999 gestützt, das sich im übrigen als rechtmässig erweist.

3. Unbestritten ist, dass eine Zweckänderung zur Diskussion steht, die einen grösseren motorisierten Verkehr zur Folge hat. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass die Gesuchsunterlagen insgesamt 40 Parkfelder ausweisen, 31 Parkfelder sowie 9 Parkfelder, welche erstere zum Teil blockieren. Sie hält indessen unter Berufung auf Normen der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS-Normen) dafür, das Parkplatzangebot sei im Hinblick auf die geplante Umnutzung des Gebäudes ungenügend bzw. es seien 66 Parkplätze erforderlich. Sodann fehle es an Parkfeldern für Behinderte.

a) Bei Neuerstellung, Zweckänderung oder Erweiterung von Bauten und Anlagen kann der Bauherr nach Art. 72 Abs. 1 BauG verpflichtet werden, auf privatem Grund Abstellflächen für Motorfahrzeuge der Benutzer oder Besucher zu schaffen, soweit die örtlichen Verhältnisse es zulassen und die Kosten zumutbar sind. Es handelt sich somit um eine «Kann-Vorschrift». Wenn die politische Gemeinde keine Verpflichtung vorgesehen hat (in der Regel im Baureglement oder in einem separaten Parkplatzreglement), sind keine Parkplätze zu erstellen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 710). Sodann kann die Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen für Motorfahrzeuge von vornherein nur dann entstehen, wenn mit der Zweckänderung ein Mehrverkehr verbunden ist. Sie bezieht sich demnach nur auf den durch die Zweckänderung auftretenden Mehrverkehr (vgl. GVP 1985 Nr. 81). Dem Verwaltungsgericht ist die Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren verwehrt. Es hat sich darauf zu beschränken, über die Einhaltung des Ermessensspielraums zu wachen und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 740 mit Hinweisen).

Nach Art. 55 Abs. 2 BauG wird bei Bauten und Anlagen mit Publikumsverkehr für Motorfahrzeuge von Behinderten eine angemessene Zahl von Abstellplätzen mit den notwendigen Umsteigeflächen und mit rollstuhlgängigem Zugang zum Gebäude erstellt. Die Anforderungen gelten nach Art. 55 Abs. 3 BauG bei wesentlichen Umbauten und Erweiterungen indessen nur für die umgebauten oder erweiterten Teile (vgl. auch Heer, a. a. O., Rz. 604). Sodann steht diese Pflicht unter dem Vorbehalt, dass die örtlichen Verhältnisse es zulassen, die Kosten zumutbar sind und dass die Erstellung nicht verboten ist (Art. 72 Abs. 1 und Art. 72bis BauG; vgl. ABI 1994, S. 2265).

Bei den VSS-Normen handelt es sich nicht um Rechtssätze, sondern um Richtlinien, die allerdings ein anerkanntes Hilfsmittel bei der Frage bilden, ob eine Anlage den Anforderungen der Verkehrssicherheit genügt. Ihre Anwendung im Einzelfall muss indessen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten, weshalb sie einem Entscheid nicht ungeachtet der konkreten Verhältnisse zugrunde gelegt werden dürfen (vgl. VerwGE vom 18. Mai / 2. Dezember 2004 i. S. M. E. mit Hinweis auf GVP 1990 Nr. 99, ZBI 80/1979 S. 223 f. und BGE 94 I 141 mit Hinweisen).

b) Die Beilage zur VSS-Norm SN 640 290 empfiehlt unter Ziff. 3 für Unterhaltungsstätten in ländlichen Regionen ein Parkfeld für fünf Sitzplätze. Für Kultus-

anlagen ist gemäss Ziff. 4c ein Parkfeld für 5 bis 10 Sitzplätze vorzusehen. Die Vorinstanz hat auf der Basis dieser Richtwerte festgestellt, das Baugesuch weise genügend Parkfelder aus (40 Parkfelder für höchstens 200 Besucher).

aa) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vorab vor, sie habe den Sachverhalt bezüglich des Einzugsgebiets des geplanten Zentrums unvollständig abgeklärt. Weil Besucher aus einem weiten regionalen Umfeld zu erwarten seien, seien mehr Parkfelder erforderlich, nämlich ein Parkfeld für drei Besucher bzw. 66 Parkfelder. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Beilage zur VSS-Norm 640 290 Ziff. 4c, wo unter dem Titel «Neuere Untersuchung» festgehalten wird, der Bedarf an Parkfeldern bei Kirchen hänge stark von der Art der Veranstaltung ab. Bei üblichen Gottesdiensten liege das erhobene Angebot im Kanton Waadt je nach Anteil des Pw-Verkehrs bei einem Parkfeld pro 5 bis 15 Sitzplätzen. Bei Hochzeiten und Beerdigungen liege der Bedarf zwischen 40 und 200 Parkfeldern. Diese Parkfelder müssten aber nicht in unmittelbarer Nähe der Kirche liegen. Sodann verweist die Beschwerdeführerin auf die Beilage zur VSS-Norm 640 290 Ziff. 2, wonach unter dem Titel «Gastbetriebe» festgestellt wird, die Anzahl der Parkfelder hänge vor allem davon ab, ob die Kundschaft vorwiegend (eher ländliche Gebiete) oder nur selten (eher städtische Gebiete) mit dem Auto komme. Wenn der Anteil der Kundschaft, der mit dem Auto anreise, über 70 Prozent betrage, sei ein Parkfeld für drei Sitzplätze erforderlich.

In diesem Zusammenhang ergibt sich vorab, dass nicht der Parkplatzbedarf eines öffentlich zugänglichen Gastwirtschaftsbetriebs zur Diskussion steht. Sodann ist es nach den VSS-Normen nicht notwendig, dass Parkfelder zur Abdeckung kirchlicher Grossanlässe wie Hochzeiten und Beerdigungen in unmittelbarer Nähe des Besammlungsortes liegen müssen. Des weiteren gehen Vorinstanz wie Beschwerdeführerin davon aus, dass die Besucher des Gebetsraums mit Cafeteria zum grössten Teil nicht in Gehdistanz wohnen, sondern dass sie aus der ganzen Region anreisen und deshalb ein Motorfahrzeug benützen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist indessen nicht entscheidend, wie gross das Einzugsgebiet ist. Zu beachten ist weiter, dass ein Besucheraufkommen hinsichtlich Gebetsraum und Cafeteria, das über höchstens 50 Personen je Tag hinausgeht, nur während des Fastenmonats Ramadan, d. h. während vier Wochen je Jahr, und zusätzlich an einigen wenigen Feiertagen zu erwarten ist. Sodann ist auch bei diesen Grossanlässen mit höchstens 200 Personen je Tag zu rechnen. Der Vorinstanz kann deshalb nicht vorgeworfen werden, sie habe willkürlich gehandelt, weil sie davon ausgeht, für fünf Besucher genüge ein Parkfeld. Sie hält sich dabei an die Beilage zur VSS-Norm SN 640 290. Es wäre im Gegenteil unverhältnismässig und rechtlich nicht vertretbar, von den Beschwerdegegnern zu verlangen, dass sie für den durch die Umnutzung entstehenden Mehrverkehr zusätzliche Parkfelder bereitstellen.

bb) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ändert an dieser Beurteilung nichts, dass neun der geplanten Parkfelder andere Parkfelder blockieren. Die Beschwerdeführerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die VSS-Norm 640 291

vorsieht, dass ein Parkfeld eine angrenzende Verkehrsfläche von einer bestimmten Grösse aufweist. Dementsprechend sind die blockierenden Parkfelder nach Ansicht der Vorinstanz auch nicht vorbehaltlos anrechenbar. Entscheidend ist indessen, dass 31 Parkfelder für die ordentliche Nutzung des Gebäudes mehr als genügen und die neun zusätzlichen Parkfelder nur bei besonderen Anlässen benötigt werden, wenn ausnahmsweise mit einem hohen Besucheraufkommen zu rechnen ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Beschwerdegegner mit einer Auflage zur Baubewilligung einverstanden erklären, wonach sie bei Grossanlässen für eine Parkplatzbewirtschaftung zu sorgen haben. Sodann ist es aufgrund der vorgesehenen Zahl von Parkfeldern auch möglich, ein Parkfeld für ein Motorfahrzeug von Behinderten bereitzustellen.

4. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, die strassenmässige Erschliessung der Grundstücke sei für die geplante Nutzung hinreichend. Sie habe den Sachverhalt diesbezüglich unrichtig festgestellt.

a) Bauten und Anlagen dürfen nur auf erschlossenem Land errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 BauG). Nach Art. 49 Abs. 2 lit. a BauG ist Land erschlossen, wenn es über hinreichende Zu- und Wegfahrten verfügt. Nach der Rechtsprechung hat das Erfordernis der hinreichenden Zufahrt planerische sowie feuer-, gesundheits- und verkehrspolizeiliche Zwecke. Von dieser Zwecksetzung ausgehend wird eine Zufahrt dann als hinreichend betrachtet, wenn sie tatsächlich so beschaffen ist, dass sie bautechnisch und verkehrsmässig der bestehenden oder der geplanten Überbauung genügt, den zu erwartenden Fahrzeugen und Fussgängern sicheren Weg bietet und von den öffentlichen Diensten, namentlich Feuerwehr, Sanität, Kehr- und Schneeräumung, ungehindert benützt werden kann und rechtlich gesichert ist (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 513 mit Hinweisen).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zufahrt von Rettungsfahrzeugen sei durch den zu erwartenden Besucherverkehr nicht mehr gewährleistet. Es sei offensichtlich, dass weder die Sch-strasse noch die G-Strasse einem Besucheransturm von 300 Personen mit entsprechendem Verkehrsaufkommen gewachsen seien. Erschwerend komme hinzu, dass lediglich 40 Parkfelder – wovon neun umstrittene – zur Verfügung gestellt würden und im betroffenen Gebiet keine öffentlichen Parkplätze vorhanden seien. Die Fahrzeuge würden demzufolge auf den schmalen Erschliessungs- und Quartierstrassen abgestellt.

Unbestritten geblieben sind die Feststellungen der Vorinstanz anlässlich des Augenscheins hinsichtlich der strassenmässigen Erschliessung des Gebäudes. Nach dem Augenscheinprotokoll weist die Sch-strasse, eine Gemeindestrasse zweiter Klasse, bis zum Gewerbe-Industrie-Gebiet eine Länge von rund 200 m auf und verläuft gerade. Sodann ist sie übersichtlich und als Zweispurstrasse ausgebaut, weshalb das Kreuzen von zwei Personenwagen auf der ganzen Länge möglich ist. Des weiteren weist die Sch-strasse im Bereich des Gewerbe-Industrie-Gebiets entlang der Ostseite ein Trottoir auf. Der Ausbaustandard der Sch-strasse

stellt die Erschliessung des Gewerbe-Industrie-Gebiets somit auch dann sicher, wenn das Gebäude entsprechend den Vorgaben des Baugesuchs für ideelle Zwecke umgenutzt worden ist. Die Befürchtung der Beschwerdeführerin, die Sch- und die G-Strasse könnten nach Inbetriebnahme des Gebetsraums und der Cafeteria jeweils derart zugesperrt werden, dass ein Durchkommen für Rettungsfahrzeuge nicht mehr möglich sei, ist deshalb unbegründet. Sie rechtfertigt es jedenfalls nicht, die Baubewilligung für die Umnutzung wegen mangelhafter strassenmässiger Erschliessung zu verweigern. Für den Fall, dass es wider Erwarten auf den umliegenden Strassen dennoch zu chaotischen Verkehrssituationen kommen sollte, wäre diesen sodann mit verkehrspolizeilichen Massnahmen zu begegnen.

## 26

*Art. 12 BauG (sGS 731.1); Art. 25 USG (SR 814.01); Art. 684 ZGB (SR 210).* Ein bordellähnlicher Betrieb, in dem zwölf Frauen arbeiten, erweist sich im Rahmen der abstrakten Beurteilung in der Wohn-Gewerbe-Zone als zonenkonform. Indes ergibt die konkrete Prüfung, dass der geplante Erotikclub in der unmittelbar angrenzenden Wohnzone in lärm-mässiger Hinsicht gegen die massgebenden Vorschriften des Bundesumweltrechts verstösst. Ausserdem gehen vom geplanten Club ideelle Immissionen aus, die sich mit Blick auf die intensive Wohnnutzung in der Umgebung und die Grösse des Betriebs als übermässig erweisen.

*Verwaltungsgericht, 31. Mai 2005*

R. ist Eigentümer eines Grundstücks in W. Dieses ist mit einem Wohn- und Geschäftshaus überbaut, in dem sich nebst einem Restaurant drei Gewerbebetriebe und vier Wohnungen befinden. Es liegt in der Wohn-Gewerbe-Zone für dreigeschossige Bauten. Die nordwestlich, nördlich und nordöstlich angrenzenden Grundstücke sind der Wohnzone für zweigeschossige bzw. für dreigeschossige Bauten zugeteilt. R. baute die 1½-, die 2½- und die 5½-Zimmerwohnung über dem Gewerbetrakt in einen Erotikclub um und reichte auf Aufforderung des Gemeinderates ein nachträgliches Baugesuch für die Nutzungsänderung ein. Aus dem Gesuch ergibt sich, dass im Erotikclub sechs bis neun Frauen arbeiten sollen; auf der Süd- und Ostseite des Gebäudes ist eine «Rotlichtschlange» vorgesehen. Gegen das Baugesuch erhoben verschiedene Nachbarn privat- und öffentlich-rechtliche Einsprache beim Gemeinderat. Mit Beschluss vom 8. Dezember 2003 hiess dieser die öffentlich-rechtliche Einsprache teilweise und die privatrechtliche Einsprache vollumfänglich gut und verweigerte die Bewilligung für die Umnutzung. Der Gemeinderat hielt fest, die Zonenkonformität der geplanten Umnutzung sei zwar gegeben. Die Änderung stelle indes eine Neuan-

lage im Sinn von Art. 25 USG bzw. Art. 7 Abs. 1 LSV dar. Der Erotikclub müsse deshalb ein Immissionsmass einhalten, bei welchem höchstens geringfügige Störungen auftreten würden. Die Sekundärmissionen, die aus der Benützung von Zufahrt, Parkplätzen und Eingang im Nahbereich der Wohnzone resultierten, störten die Nachtruhe der Anwohner indes erheblich, weshalb der Betrieb schon aus öffentlich-rechtlichen Gründen nicht bewilligungsfähig sei. Hinzu komme, dass die zu erwartende Lärmbelästigung und die ideellen Beeinträchtigungen für die Anwohner auch in privatrechtlicher Hinsicht übermässig seien. Gegen den Beschluss des Gemeinderates erhob R. Rekurs beim Baudepartement. Dieses hiess den Rekurs gut und wies die Streitsache zur Erteilung der Umnutzungsbewilligung an den Gemeinderat zurück. Das Baudepartement erwog, aufgrund der abstrakten Immissionsbeurteilung sei der Betrieb eines Erotikclubs in der geplanten Grössenordnung in der Wohn-Gewerbezone nach der allgemeinen Lebenserfahrung nur mässig störend und daher zonenkonform. Im weiteren sei lediglich von einer mässigen Störung auszugehen. Gegen den Rekursentscheid gelangten die Politische Gemeinde (Beschwerdeführerin I) und die Einsprecher (Beschwerdeführer II) an das Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerden gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Zwischen den Beteiligten ist unbestritten, dass die Umnutzung der drei Wohnungen in einen Erotikclub gemäss Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG baubewilligungspflichtig ist. Während die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, die Umnutzung sei zu bewilligen, vertreten die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II die Auffassung, der Betrieb eines Erotikclubs in der Liegenschaft des Beschwerdegegners erweise sich als rechtswidrig. Die Beschwerdeführerin I stellt sich dabei wie bereits im Entscheid vom 8. Dezember 2003 im wesentlichen auf den Standpunkt, dass der Erotikclub unter Würdigung sämtlicher Umstände Sekundärmissionen verursache, welche zu unzulässigen Störungen der Bevölkerung im nahen Wohngebiet führten. Die Beschwerdeführer II machen darüber hinaus wie bereits im Rekursverfahren geltend, dass auch die Zonenkonformität des Erotikclubs nicht gegeben sei.

b) Bauten und Anlagen haben dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone zu entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Die Zonenkonformität im Sinne des Bundesrechts setzt einen funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck voraus (vgl. GVP 2000 Nr. 17; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 360). Der Zweck der Nutzungszone ergibt sich aus der Umschreibung der Zonenart (Art. 11 ff. BauG).

Seit dem Erlass des USG und seiner Ausführungsvorschriften, namentlich der LRV und der LSV, wird das in einer Zone konkret zulässige Immissionsmass weitgehend durch öffentliches Bundesrecht bestimmt. Das ist insofern bedeutsam, als die Zonenkonformität einer Baute oder Anlage im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG lediglich einen abstrakt wirkenden öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz gewährleistet. Dabei gilt es bloss festzustellen, ob eine Baute oder eine Anlage zu einer



bestimmten Kategorie gehört, die in der betreffenden Zone zulässig ist. Hingegen wird nicht geprüft, welche Immissionen ein Betrieb konkret verursacht, und die Zulässigkeit einer Baute oder Anlage beurteilt sich unabhängig von einer bereits bestehenden örtlichen Belastung. Erst in einer zweiten Stufe ist die konkrete Beurteilung einer Baute oder Anlage vorzunehmen. Dabei ist namentlich zu prüfen, ob der Betrieb Immissionen zur Folge hat, die das zulässige Mass überschreiten. Die zweistufige Beurteilung von Bauten und Anlagen auf ihre immissionsrechtliche Zulässigkeit wird durch Art. 43 LSV bestätigt. Nach dieser Bestimmung sind den Nutzungszonen nach dem Raumplanungsgesetz Empfindlichkeitsstufen zuzuordnen (VerwGE vom 25. Oktober/9. November 2004 i. S. D. E. und weitere sowie VerwGE vom 25. Januar 2005 i. S. M. GmbH).

c) aa) Zu prüfen ist zunächst die abstrakte Zonenkonformität des Erotikclubs. Wie eingangs dargelegt, befindet sich die Liegenschaft des Beschwerdegegners in der Wohn-Gewerbe-Zone. Gemäss Art. 12 BauG sind in Wohn-Gewerbe-Zonen neben Wohnbauten auch mässig störende Gewerbebetriebe zulässig. In der Praxis werden Autoreparaturwerkstätten, Spenglereien, Kundenschreinereien, Druckereibetriebe, aber auch Transportbetriebe bis zu einer bestimmten Grösse zu den mässig störenden Betrieben gerechnet. Allgemein gesprochen sind in der Wohn-Gewerbe-Zone alle Gewerbe erlaubt, die nicht in die Gewerbe-Industrie- oder Industriezone gehören, also mittlere, nicht übermässig störende Gewerbebetriebe, Ladengeschäfte, Restaurants, Nachtclubs und dergleichen, ebenso Baulager, Umschlagplätze für Kies und Sand, nicht aber Grossbetriebe mit bedeutendem Bedarf nach Land und Verkehrsflächen. Ein direkter Zusammenhang zwischen der gewerblichen Nutzung und der Wohnnutzung ist nicht erforderlich (Heer, a. a. O., Rz. 373; VerwGE vom 22. August 1994 i. S. A. und E. H.-K. mit weiteren Hinweisen; P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 163 f.).

bb) Entsprechend den Angaben des Beschwerdegegners in den vorinstanzlichen Verfahren sollen im Erotikclub rund zwölf Frauen im Schichtbetrieb arbeiten. Für die Bedienung der Kunden stehen sechs Zimmer (davon eines mit Whirl-Pool) zur Verfügung. Daneben gibt es einen Empfangsraum, eine Küche sowie drei Bäder und ein separates WC. Angesichts dieser Personal- und Raumverhältnisse handelt es sich, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt hat, um einen bordellähnlichen Betrieb und nicht um einen kleinen Massagesalon. Trotz der Grösse des Betriebs ist indes mit der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin I davon auszugehen, dass sich der Erotikclub bei abstrakter Betrachtung in der Wohn-Gewerbe-Zone als zonenkonform erweist. In der Wohn-Gewerbe-Zone steht die Wohnnutzung auf gleicher Ebene wie die gewerbliche Nutzung, und es sind mässig störende Dienstleistungsbetriebe zulässig. Dies gilt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer II grundsätzlich unabhängig von der Tages- bzw. Nachtzeit. Es ist im Rahmen der abstrakten Beurteilung nicht davon auszugehen, dass der Betrieb eines Erotikclubs in der geplanten Grössenordnung zu übermässigen Lärmimmissionen oder übermässigen Beeinträchtigungen ideeller Natur führt, die zwingend einen Standort in der Ge-

werbe-Industrie- oder Industriezone erforderlich machten. Daran vermögen auch die Einwendungen der Beschwerdeführer II nichts zu ändern. Insbesondere sind im Rahmen der abstrakten Prüfung sowohl der Wohnanteil in der Wohn-Gewerbe-Zone als auch die benachbarte Wohnzone nicht von Belang. Aber auch aus dem – ursprünglich von der Vorinstanz zitierten – Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 17. Februar 2000 (BEZ 2000 Nr. 18) vermögen die Beschwerdeführer II nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Soweit sich das Verwaltungsgericht im fraglichen Urteil zu Entscheiden geäußert hat, die bordellähnliche Betriebe betroffen haben, handelte es sich durchwegs um Fälle, wo Massnahmen zum Schutz der Wohnnutzung getroffen worden sind (Wohnanteilplan, erhöhte Nutzungsziffern für Familienwohnungen, Beschränkung der gewerblichen Nutzung für bestimmte Bereiche). Anders als im vorliegenden Fall standen deshalb die Wohn- und Gewerbenutzung nicht auf der gleichen Ebene.

cc) Aus dem Gesagten folgt, dass sich der Erotikclub im Rahmen der abstrakten Beurteilung als zonenkonform erweist. Die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführer II sind unbegründet.

d) Zu prüfen ist im weiteren, ob die konkret erzeugten Immissionen in der Umgebung hingenommen werden müssen. Sowohl die Beschwerdeführerin I als auch die Beschwerdeführer II sind der Ansicht, der Betrieb des Erotikclubs sei mit unzumutbaren Lärmimmissionen für die Nachbarschaft verbunden.

aa) Der Betrieb des Erotikclubs verursacht Lärmimmissionen (Innen- und Aussenlärm). Soweit diese Emissionen nach aussen dringen (Aussenlärmemissionen), fallen sie in den Regelungsbereich der LSV (vgl. Art. 1 LSV); der Innenlärm wird nur teilweise in der LSV geregelt (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 lit. a LSV). Entsprechend stellt der Erotikclub eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG und Art. 2 Abs. 1 LSV dar, die den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Lärmschutz unterliegt.

bb) Für die durch die Gäste eines Erotikclubs verursachten Aussenlärmemissionen (z. B. Parkiermanöver, Zuschlagen von Autotüren, Autoradios, Motorenstarten, Gespräche der Kunden bei der Ankunft und beim Verlassen des Clubs) fehlen Belastungsgrenzwerte. Ob die Störung unzumutbar ist, beurteilt sich daher gemäss Art. 40 Abs. 3 LSV im Einzelfall gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen des USG (BGE 130 II 35 f., 126 III 226 f., 123 II 334 f.). Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine unzumutbare Störung vorliegt, sind neben der zonenmässigen Zuordnung und der entsprechenden Empfindlichkeitsstufe auch der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen (BGE 130 II 36 mit Hinweis auf BGE 123 II 335; Heer, a. a. O., Rz. 788). Mitentscheidend ist weiter, ob es sich um eine Neuanlage oder um die Änderung einer bestehenden Anlage handelt. Während die Lärmemissionen neuer Anlagen die Planungswerte grundsätzlich nicht überschreiten dürfen (Art. 25 USG, Art. 7 Abs. 1 LSV), müssen wesentlich geänderte Anlagen die Immissionsgrenzwerte einhalten (Art. 8 Abs. 2 LSV). Die entsprechende Qualifikation der Baute bzw. Anlage

gibt Aufschluss über das zulässige Mass der Immissionen, auch wenn für die hier interessierende Art von Immissionen weder Planungswerte noch Immissionsgrenzwerte bestehen (vgl. BGE 123 II 328 und 335). Gemäss Art. 23 USG liegen die Planungswerte unter den Immissionsgrenzwerten. Wenn daher Art. 25 Abs. 1 USG zur Anwendung gelangt, können die Bewohner in der Nachbarschaft einer neuen Anlage eine strengere Begrenzung der Lärmimmissionen verlangen, als wenn das Gesetz lediglich die Immissionsgrenzwerte vorsieht im Sinne einer Schwelle für Immissionen, die das Wohlbefinden der Bevölkerung noch nicht erheblich stören (vgl. Art. 15 USG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf der verursachte Lärm höchstens geringfügige Störungen (vergleichbar den Planungswerten gemäss Art. 23 USG) bewirken (BGE 130 II 36 mit weiteren Hinweisen, BGE 123 II 335; Heer, a. a. O., Rz. 788 mit Hinweis auf Pra 2001 Nr. 144). Sodann müssen bei einer neuen Anlage jene Vorkehrungen angeordnet werden, die technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind (Art. 11 Abs. 2 USG). Schliesslich ist bei der einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen, dass den mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Bewilligungsbehörden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. URP 2001, S. 929).

cc) Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin I sind in ihren Entscheiden davon ausgegangen, dass der Erotikclub den Vorschriften über neue Anlagen (Art. 25 USG bzw. Art. 7 Abs. 1 lit. b LSV) zu genügen hat. Diese Beurteilung wird vom Beschwerdegegner zu Recht nicht bestritten. Die Umnutzung von Wohnungen in einen Erotikclub stellt eine vollständige Zweckänderung im Sinne von Art. 2 LSV dar, weshalb von einer neuen Anlage auszugehen ist. Als neue Anlage muss der Betrieb mangels unmittelbar anwendbarer Grenzwerte entsprechend den vorstehenden Ausführungen ein Immissionsniveau einhalten, bei dem analog den Planungswerten höchstens geringfügige Störungen auftreten.

dd) Wie vorstehend ausgeführt, sind für die einzelfallweise Beurteilung zunächst die Zonenzugehörigkeit des Grundstücks, auf dem sich die lärmverursachende Anlage befindet, und die entsprechende Empfindlichkeitsstufe massgeblich. Darüber hinaus ist unter dem Gesichtspunkt der Lärmempfindlichkeit zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 25 Abs. 1 USG die Lärmemissionen einer Anlage so weit zu begrenzen sind, dass die durch sie erzeugten Immissionen zu keiner Überschreitung der Planungswerte in der Umgebung führen. «Umgebung» ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen: Die Lärmemissionen müssen so weit begrenzt werden, dass der Lärm überall, wo er hingelangt, die am betreffenden Ort geltenden Grenzwerte bzw. das massgebliche Immissionsniveau einhält. Das gilt auch über Zonengrenzen hinweg. Ein Betrieb in der Gewerbezone darf daher nur so viel Lärm verursachen, dass auch in der angrenzenden Wohnzone keine Überschreitung der dort geltenden Grenzwerte bzw. des entsprechenden Immissionsniveaus auftritt (R. Wolf, Auswirkungen des Lärmschutzrechts auf Nutzungsplanung und Baubewilligung, in: AJP 1999, S. 1059; unveröffentlichter BGE 1A.73/2001 vom 4. März 2002 Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

ee) Wie eingangs dargelegt, liegt das Grundstück des Beschwerdegegners in der Wohn-Gewerbe-Zone. Diese ist der Empfindlichkeitsstufe III zugewiesen (Art. 6 Abs. 1 des Grossratsbeschlusses über den Lärmschutz, sGS 672.43). In der Empfindlichkeitsstufe III sind mässig störende Betriebe zugelassen (Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV). Es genügt indes nach dem Gesagten nicht, dass der Erotikclub das Immissionsmass der Wohn-Gewerbe-Zone einhält. Zu berücksichtigen sind auch die Immissionen, die auf angrenzende Zonen einwirken. Das Grundstück grenzt im Norden, Nordosten und Nordwesten unmittelbar an die Wohnzone. Die Wohnzone ist der Empfindlichkeitsstufe II zugewiesen (Art. 6 Abs. 1 des Grossratsbeschlusses über den Lärmschutz). Dies bedeutet, dass der Betrieb des Erotikclubs in der benachbarten Wohnzone nicht zu störenden Lärmimmissionen führen darf. Es genügt deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht, wenn die zusätzlichen Lärmimmissionen die Wohnbevölkerung in der angrenzenden Wohnzone in ihrem Wohlbefinden nicht «bedeutend beeinträchtigen» und der Rahmen «des unter dem Titel einer mässigen Störung Hinzunehmenden» nicht gesprengt wird (Erw. 4 c ee).

ff) Entsprechend den Angaben des Beschwerdegegners ist beabsichtigt, im Club von Montag bis Donnerstag zwischen 09.00 und 01.00 Uhr und freitags und samstags zwischen 09.00 und 02.00 Uhr Freier zu empfangen. Das Erotikstudio soll jeweils gleichzeitig mit dem Restaurant schliessen. Die Kunden werden in sechs Zimmern bedient, wobei zwei Räume Kunden vorbehalten sind, die sich – gegen entsprechend höheres Entgelt – während mehreren Stunden im Club aufhalten; in den übrigen vier Zimmern sollen Kunden bedient werden, die sich nur kurze Zeit, d. h. etwa eine knappe Stunde, im Club aufhalten. Gestützt auf diese Angaben ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Anzahl Clubbesucher im für die Anwohner schlechtesten Fall bei höchstens 80 pro Tag, verteilt auf 16 bis 17 Stunden liegen werde. Diese Zahl erscheint im Sinne eines Durchschnittswerts und mit Blick auf die Grösse des Clubs nicht unrealistisch. Hingegen ist es nicht glaubhaft, wenn der Beschwerdegegner die Anzahl Kunden pro Tag lediglich auf 30 bis 40 beziffert. Dies würde bedeuten, dass jede der zwölf Prostituierten im Schnitt nur gerade rund drei Kunden pro Tag bedienen würde, was mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit und unter Berücksichtigung der guten Verkehrslage in W. fragwürdig erscheint.

gg) Es ist davon auszugehen, dass der Erotikclub hauptsächlich von auswärtigen Kunden besucht wird. Davon wird der überwiegende Teil motorisiert sein; Fahrgemeinschaften dürften selten sein. Im weiteren ist anzunehmen, dass der Betrieb zwar während der gesamten Öffnungszeiten Kunden anziehen wird, dass aber – entgegen den Angaben des Beschwerdegegners – namentlich auch in den Abend- und Nachtstunden, wo in der benachbarten Wohnzone das Ruhebedürfnis besonders gross ist, Freier den Club aufsuchen werden. Diese Auffassung lag auch dem vorinstanzlichen Entscheid GVP 1999 Nr. 90 zugrunde, wo mit Blick auf die zu erwartenden Lärmimmissionen die Zonenkonformität eines Erotikbetriebs in der Wohnzone verneint wurde. Sodann zeigt der Umstand, dass der Beschwerdegegner beabsichtigt, die Anzahl Parkplätze auf der Nordseite, wo sich der Eingang zum

Club befindet, wesentlich zu erhöhen, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Kunden des Erotikclubs grundsätzlich im Hinterhof und weniger entlang der Staatsstrasse parkieren würden. Unter diesen Umständen ist es ausgehend von 80 Kunden pro Tag sachlich gerechtfertigt, mit durchschnittlich 30 motorisierten Kunden bzw. 60 Fahrzeugbewegungen in den Abend- und Nachtstunden auf der Stichstrasse zu rechnen. Bezogen auf den Zeitraum zwischen 20.00 Uhr und 01.00 Uhr würde dies im Schnitt alle 5 Minuten eine Fahrzeugbewegung (inkl. Zuschlagen von Autotüren, Autoradios, Motorenstarten, Parkiermanöver) bedeuten. Zusätzlich muss mit Suchverkehr von Kunden gerechnet werden, die auf der Liegenschaft keinen Parkplatz mehr finden oder ihr Fahrzeug nicht direkt beim Club abstellen wollen. Ausserdem werden auch die gewerbetreibenden Frauen, welche entsprechend den Angaben des Beschwerdegegners alle auswärts wohnen und motorisiert sein dürften, den Club häufig erst weit nach Mitternacht verlassen. Angesichts der verhältnismässig engen räumlichen Verhältnisse bzw. des geringen Abstands der Parkplätze auf der Nordseite von den Wohnhäusern entlang der Stichstrasse muss davon ausgegangen werden, dass die zu erwartenden Lärmstörungen teilweise über der Weckschwelle liegen werden. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Schliessungszeit für Gaststätten grundsätzlich von Mitternacht bis 05.00 Uhr dauert (Art. 16 Abs. 1 GWG). Ob dem Restaurant allenfalls künftig gestützt auf Art. 17 bzw. 18 GWG eine Verkürzung der ordentlichen Schliessungszeit bewilligt wird, ist offen. Behaftet man den Beschwerdegegner auf seinen Angaben im Rekursverfahren, wonach der Club um 01.00 Uhr bzw. freitags und samstags um 02.00 Uhr schliessen würde, steht im heutigen Zeitpunkt jedenfalls nicht fest, ob sich die Schliessungszeiten für den Erotikclub tatsächlich nach denjenigen für den Restaurantbetrieb richten würden.

hh) Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass mit Blick auf die zu erwartende verhältnismässig grosse Anzahl auswärtiger Besucher in der angrenzenden Wohnzone namentlich in den Abend- und Nachtstunden mit störenden bzw. nicht nur geringfügigen Lärmimmissionen gerechnet werden muss. Weck-Ereignisse nach Mitternacht sind in Gebieten der Empfindlichkeitsstufe II nicht zumutbar (vgl. URP 2002 S. 706). Es liegt mithin eine unzulässige Beeinträchtigung der Umgebung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 USG vor. Da am Betrieb des Erotikclubs sodann kein überwiegendes öffentliches Interesse besteht, fällt die Gewährung von Erleichterungen nach Art. 25 Abs. 2 USG ausser Betracht. Die konkrete Prüfung ergibt mithin, dass der Erotikclub in lärmässiger Hinsicht gegen die massgebenden Vorschriften des Bundesumweltrechts verstösst und die Beschwerdeführerin I die Erteilung der Umnutzungsbewilligung zu Recht verweigert hat. Offenbleiben kann dabei, ob der Betrieb das in der Wohn-Gewerbe-Zone zulässige Immissionsmass einhält. Die Beschwerde der Beschwerdeführer II ist gutzuheissen; gleiches gilt für die Beschwerde der Beschwerdeführerin I, soweit darauf in öffentlich-rechtlicher Hinsicht einzutreten ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben.

4. a) Der Vollständigkeit halber ist im weiteren der Einwand der Beschwerdeführer II zu prüfen, wonach der Betrieb des Erotikclubs auch in privatrechtlicher Hinsicht mit unzumutbaren Immissionen, namentlich ideeller Natur verbunden sei. Die Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang zur Auffassung gelangt, dass unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, der Interessen der Anwohner und des Grundeigentümers nicht von einer übermässigen Einschränkung der Wohnnutzung durch den Betrieb des Erotikclubs gesprochen werden könne. Die vom Erotikclub ausgehenden ideellen Immissionen seien nicht übermässig und damit zulässig.

b) Neben dem öffentlich-rechtlichen Immissionsverbot gemäss Bundesumweltrecht ist auch das privatrechtliche Immissionsverbot nach Art. 684 ZGB zu beachten. Gemäss dieser Vorschrift ist jedermann verpflichtet, sich bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung (Abs. 2). Unter Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB sind dabei neben materiellen Einwirkungen auch solche ideeller Natur zu verstehen. Die ideellen Immissionen werden durch Zustände oder Nutzungshandlungen auf dem Ausgangsgrundstück verursacht und erzeugen eine Verletzung des psychischen Empfindens des Nachbarn oder verursachen unangenehme psychische Eindrücke (unveröffentlichte BGE 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 Erw. 4.1 und 1P.191/1997 vom 26. November 1997 Erw. 5 b; BGE 108 Ia 144 f.; H. Rey, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1998, N 28 zu Art. 684 ZGB; Heer, a. a. O., Rz. 957). Zu unzulässigen immateriellen Immissionen kann insbesondere auch das Sexgewerbe führen (Rey, a. a. O., N 29 zu Art. 684 ZGB mit weiteren Hinweisen; BGE 108 Ia 147 f.). Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger bzw. übermässiger Immission ist die Intensität der Einwirkungen massgebend. Diese beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Der Richter hat eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid sind nicht bloss Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Ortsgebrauch zu berücksichtigen, wie es Art. 684 Abs. 2 ZGB ausdrücklich erwähnt; es ist die individuell konkrete Interessenlage umfassend zu würdigen: Alle in der einzelnen Streitsache ins Gewicht fallenden Umstände sind auf ihre Erheblichkeit hin zu prüfen, wobei stets zu beachten bleibt, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Verboten sind nicht nur schadenverursachende, sondern auch bloss lästige (übermässige) Einwirkungen (BGE 126 III 227; Rey, a. a. O., N 8 ff. zu Art. 684 ZGB).

c) Es ist in der Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt und wird auch von der Vorinstanz nicht in Abrede gestellt, dass von sexgewerblichen Betrieben

generell ideelle Immissionen ausgehen. Dabei sind die negativen Auswirkungen des Sexgewerbes auf die Nachbarschaft naturgemäss um so stärker, je dichter ein Gebiet bewohnt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es denn auch ohne weiteres vertretbar, in dicht überbauten Gebieten mit einem hohen Wohnanteil, in welchen das Konfliktpotential zwischen sexgewerblicher Nutzung und Wohnnutzung am grössten ist, erstere generell als stark störend einzustufen und zu Gunsten der letzteren zu untersagen (unveröffentlichter BGE 1P.191/1997 vom 26. November 1997 Erw. 5. c betreffend die Zonenkonformität eines Massage-salons in der Wohnzone). Dabei ist es jedenfalls nicht willkürlich bei einem vorge-schriebenen Wohnanteil von 60 Prozent auf ein dicht überbautes Gebiet mit einem hohen Wohnanteil bzw. einer intensiven Wohnnutzung zu schliessen und sex-gewerbliche Betriebe aufgrund ihrer Immissionen als stark störend einzustufen (ZBI 2004 S. 111 bzw. unveröffentlichter BGE 1P.771/2001 und 1P.773/2001 vom 5. Mai 2003 Erw. 9.2 betreffend die Zonenkonformität eines sexgewerblichen Salons in der Wohnzone). Nicht zu vernachlässigen ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz sodann auch der Unterschied von städtischen und ländlichen Gebie-ten. Wie vorstehend dargelegt wurde, sind im Rahmen der Prüfung von Art. 684 ZGB namentlich die Lage des Grundstücks und der Ortsgebrauch zu berücksich-tigen. Auch wenn sich möglicherweise in den letzten Jahren die Anschauung zu gewissen Tabuthemen geändert haben mag, ändert dies nichts daran, dass gerade in einer ländlichen Gegend ein erster Sexbetrieb von weiten Teilen der Bevölkerung als störend empfunden werden kann (vgl. unveröffentlichter BGE 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 Erw. 4.4). Im weiteren fällt in Betracht, dass die ausschliessliche Nutzung von Wohnungen für sexgewerbliche Tätigkeiten mit mehreren Arbeits-plätzen und einer in der Regel damit verbundenen Organisationsstruktur, wie es bei Bordellen typisch ist, in bezug auf die ideellen Immissionen höher einzustufen ist als etwa sexgewerbliche Dienstleistungen von Personen in ihrer Privatwohnung (ZBI 2004 S. 111 bzw. unveröffentlichter BGE 1P.771/2001 und 1P.773/2001 vom 5. Mai 2003 Erw. 12.2 betreffend die Zonenkonformität eines sexgewerblichen Salons in der Wohnzone). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass auch die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Ansiedlung weiterer gleich gelagerter Betriebe in der Um-gebung geeignet ist, bei den Bewohnern der umliegenden Liegenschaften ein Gefühl des Unbehagens auszulösen, den guten Ruf der Wohngegend zu beeinträchtigen und dadurch die Vermietbarkeit von Wohnungen in der Umgebung der betroffenen Liegenschaft, insbesondere an Familien mit Kindern, zu erschweren (vgl. unveröffentlichter BGE 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 Erw. 4.3 und 4.4).

d) Der umstrittene Erotikclub liegt in dicht bewohntem Gebiet, wo der Betrieb eines Sexgewerbes im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in ideeller Hinsicht grundsätzlich als stark störend einzustufen ist. Unmittelbar an die Liegenschaft des Beschwerdegegners im Norden grenzt die Wohnzone mit Einfamilien- und Mehrfamilienhäusern. Ausserdem ist auch der Wohnanteil in der Wohn-Gewerbe-Zone, wie am Augenschein bestätigt wurde, gross. Hinzu kommt,

dass das Dorf W. ländlich geprägt ist. Es handelt sich beim Erotikclub um einen bordellähnlichen Betrieb, von dem entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfahrungsgemäss stärkere ideelle Immissionen ausgehen, als von einem Massagesalon. Es ist unter diesen Umständen nachvollziehbar und zeigt sich auch aufgrund der Akten, dass ein grosser Teil der Bevölkerung in W. den Erotikclub als ersten und einzigen Betrieb dieser Art in ideeller Hinsicht als störend empfindet. Schliesslich kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Ruf von W. als Wohngegend unter dem Betrieb des Erotikclubs leiden könnte. Insbesondere ist damit zu rechnen und wird von den Beschwerdeführern II auch glaubhaft dargetan, dass die Verkäuflichkeit bzw. Vermietbarkeit von Wohnobjekten in der näheren Umgebung des Clubs erschwert würde.

Die Interessen des Beschwerdegegners am Betrieb des Erotikclubs sind wirtschaftlicher Natur. Indes ist zu berücksichtigen, dass die Clubräume vorher als Wohnungen genutzt und vermietet worden sind. Weshalb eine Wohnnutzung – gegebenenfalls nachdem die ohne Bewilligung vorgenommenen baulichen Massnahmen rückgängig gemacht worden sind – heute nicht mehr möglich sein soll, wird vom Beschwerdegegner nicht substantiiert dargetan. Namentlich bleibt er für seine Behauptung, er habe die Wohnungen zuvor mehrmals erfolglos ausgeschrieben, jeden Beweis schuldig. Er legt auch nicht dar, weshalb nicht zumindest teilweise eine Vermietung der Räumlichkeiten an das Personal des Restaurants möglich sein soll. Dass eine Vermietung grundsätzlich nicht ausgeschlossen wäre, bestätigt namentlich die Aussage von A. B. anlässlich des Augenscheins, wonach zwei der oberhalb des Restaurants gelegenen Wohnungen zwischenzeitlich vermietet worden seien.

e) Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass sich der Betrieb des Erotikclubs entgegen der Auffassung der Vorinstanz auf die Anwohner in ideeller Hinsicht als störend auswirkt. Dies gilt unabhängig von der Person von A. B.; eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes (Art. 8 Abs. 2 BV), wie es der Beschwerdegegner behauptet, liegt offensichtlich nicht vor. Mit Blick auf die intensive Wohnnutzung und die Grösse des Clubs überwiegen die Interessen der Beschwerdeführer II die rein wirtschaftlichen Interessen des Beschwerdegegners. Die ideelle Beeinträchtigung der Anwohner durch den Club erweist sich als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB. Der angefochtene Entscheid wäre deshalb selbst dann aufzuheben, wenn sich der Erotikclub – entgegen den vorstehenden Erwägungen (Erw. 3. d) – in öffentlich-rechtlicher Hinsicht als zulässig erweisen würde.



**27**

*Art. 15 BauG (sGS 731.1); Art. 15 USG (SR 814.01); Art. 40 Abs. 3 LSV (SR 814.41).* Der Betrieb einer Gaststätte mit Bar in der Kernzone erweist sich im Rahmen der abstrakten Beurteilung selbst bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten grundsätzlich als zonenkonform. Hingegen ergibt die konkrete Prüfung, dass die bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten ab 03.00 Uhr anstatt ab 01.00 Uhr verursachten Lärmimmissionen gegen die Vorschriften des Bundesumweltrechts verstossen und das Wohlbefinden der Anwohner im Quartierkern in unzumutbarer Weise beeinträchtigen.

*Verwaltungsgericht, 25. Januar 2005*

Die B. AG ist Eigentümerin einer Liegenschaft an der Metzgergasse in St.Gallen. Gemäss Zonenplan ist die Liegenschaft der Kernzone zugeteilt. Im Erdgeschoss befindet sich das Restaurant M. mit 80 Sitzplätzen; in den übrigen drei Etagen sind insgesamt sechs Wohnungen vorhanden. Im Nordwesten verläuft eine geschlossene Häuserzeile unmittelbar angrenzend an den Unteren Graben. Die Metzgergasse mündet an ihrem nördlichen Ende direkt in diese Staatsstrasse. Die Pächterin des Restaurants M. stellte ein Gesuch um verkürzte Schliessungszeiten für Freitag- und Samstagabend (Öffnungszeiten je bis 3.00 Uhr anstatt wie bisher bis 1.00 Uhr). Die Baupolizeikommission wies das Gesuch ab. Ein Rekurs an das Baudepartement blieb erfolglos. Auch das Verwaltungsgericht wies eine Beschwerde der Pächterin ab.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Verweigerung der Verkürzung der Schliessungszeit grundsätzlich eine taugliche Massnahme gemäss Art. 11 Abs. 2 USG darstellt. Indes stellt sie in Abrede, dass die Bevölkerung durch verkürzte Schliessungszeiten in ihrem Wohlbefinden gestört würde bzw. dass für Lärmbekämpfungsmassnahmen ein Bedürfnis bestehe. Die enorme Verkehrsbelastung am Unteren Graben, welche nach der Schliessung der Durchfahrt Bohl noch gesteigert worden sei, stehe im krassen Widerspruch zum Planungsziel des Nutzungsplanes Altstadt, wonach die Wohnnutzung besonders gefördert werden solle. Die Auswirkungen auf die Liegenschaften am Unteren Graben würden durch den Betrieb der Grabenhalle an Freitagen und Samstagen regelmässig bis 4.00 Uhr sowie den Betrieb des 24-Std.-Shops mit der einhergehenden Verkehrsbelastung massiv erhöht. Aufgrund der erheblichen Lärmvorbelastung der Zone, sowohl am Tag als auch in der Nacht, gebe es kein Bedürfnis für die Verweigerung der Verkürzung der Schliessungszeiten bzw. Lärmbekämpfungsmassnahmen. Der Verkehrslärm an der Kreuzung Metzgergasse/Unterer Graben übertöne jede andere denkbare Aktivität, insbesondere jeden Gewerbebetrieb bzw. jeden Publikumsverkehr. Dass die Verlängerung der

Öffnungszeiten keine Mehrbelastung nach sich ziehe, zeige sich auch darin, dass keine Anwohner Einsprache gegen das entsprechende Baugesuch erhoben hätten.

b) Nach Art. 16 Abs. 1 GWG dauert die Schliessungszeit von Gastwirtschaftsbetrieben von Mitternacht bis 5.00 Uhr, wobei der Beginn der Schliessungszeit für Samstag und Sonntag auf 1.00 Uhr festgelegt werden kann (Art. 17 Abs. 1 GWG). Nach Art. 17 Abs. 2 GWG kann die Schliessungszeit für einzelne Veranstaltungen verkürzt oder aufgehoben werden. Nach Art. 18 Abs. 1 GWG kann die Schliessungszeit für einen einzelnen Betrieb auf Gesuch verkürzt oder aufgehoben werden, wenn der verlängerten Offenhaltung keine berechtigten Interessen der Nachbarschaft und des Jugendschutzes entgegenstehen (lit. a) sowie geeignete Vor- und Parkplätze vorhanden sind (lit. b). Die Aufhebung der Schliessungszeit wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren bewilligt und kann erneuert werden (Art. 18 Abs. 2 und 3 GWG).

c) Seit dem Erlass des USG und seiner Ausführungsvorschriften, namentlich der LRV und der LSV, wird das in einer Zone konkret zulässige Immissionsmass weitgehend durch öffentliches Bundesrecht bestimmt. Das ist insofern bedeutsam, als die Zonenkonformität einer Baute oder Anlage im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG lediglich einen abstrakt wirkenden öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz gewährleistet. Dabei gilt es bloss festzustellen, ob eine Baute oder eine Anlage zu einer bestimmten Kategorie gehört, die in der betreffenden Zone zulässig ist. Hingegen wird nicht geprüft, welche Immissionen ein Betrieb konkret verursacht. Erst in einer zweiten Stufe ist die konkrete Beurteilung einer Baute oder Anlage vorzunehmen. Dabei ist namentlich zu prüfen, ob der Betrieb Immissionen zur Folge hat, die das zulässige Mass überschreiten. Die zweistufige Beurteilung von Bauten und Anlagen auf ihre immissionsrechtliche Zulässigkeit wird durch Art. 43 LSV bestätigt. Nach dieser Bestimmung sind den Nutzungszonen nach dem Raumplanungsgesetz Empfindlichkeitsstufen zuzuordnen.

Die Zonenkonformität von Gaststätten im üblichen Sinn als Betriebskategorie in der Kernzone ist grundsätzlich gegeben, was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 BauG ergibt. Auch bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten ist das Lokal der Beschwerdeführerin somit ohne weiteres zonenkonform. Zu prüfen ist indes, ob die konkret erzeugten Lärmimmissionen in der Umgebung bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten zulässig sind.

d) aa) Das Lokal der Beschwerdeführerin stellt eine Anlage dar, in der ein gewerbliches Unternehmen betrieben wird, das Lärmimmissionen (Innen- und Aussenlärm) verursacht. Soweit diese Emissionen nach aussen dringen (Aussenlärmemissionen), fallen sie in den Regelungsbereich der LSV (vgl. Art. 1 LSV); der Innenlärm wird nur teilweise in der LSV geregelt (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 lit. a LSV). Entsprechend stellt das Lokal der Beschwerdeführerin eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG und Art. 2 Abs. 1 LSV dar, die den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Lärmschutz unterliegt. Die Änderung von Öffnungszeiten stellt eine betriebliche Massnahme dar, welche zu einer Erhöhung der Lärmemissionen führen kann und daher der Bewilligungspflicht unterliegt.

bb) Für die durch die Gäste eines Restaurants verursachten Lärmemissionen fehlen Belastungsgrenzwerte. Ob die Störung unzumutbar ist, beurteilt sich daher gemäss Art. 40 Abs. 3 LSV im Einzelfall gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen des USG (BGE 123 II 334 f., 126 III 226 f.). Die Immissionsgrenzwerte für Lärm sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören, wobei auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit Rücksicht zu nehmen ist (Art. 15 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 USG). Ferner sind gemäss Art. 11 Abs. 2 USG unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dabei ist allerdings mit Blick auf das Gebot der Verhältnismässigkeit zu verlangen, dass die Beschränkung nicht in einem krassen Missverhältnis zum Nutzen für die Umwelt steht, selbst wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Schrade/Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 1998, N 35 zu Art. 11).

cc) Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine unzumutbare Störung vorliegt, sind neben der zonenmässigen Zuordnung und der entsprechenden Empfindlichkeitsstufe auch der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen (BGE 130 II 36 mit Hinweis auf BGE 123 II 335). Mitentscheidend ist weiter, ob es sich um eine Neuanlage oder um die Änderung einer bestehenden Anlage handelt. Während die Lärmemissionen neuer Anlagen die Planungswerte grundsätzlich nicht überschreiten dürfen (Art. 25 USG, Art. 7 Abs. 1 LSV), müssen wesentlich geänderte Anlagen die Immissionsgrenzwerte einhalten (Art. 8 Abs. 2 LSV). Die entsprechende Qualifikation der Baute bzw. Anlage gibt Aufschluss über das zulässige Mass der Immissionen, auch wenn für die hier interessierende Art von Immissionen weder Planungswerte noch Immissionsgrenzwerte bestehen (vgl. BGE 123 II 328 und 335). Sodann ist bei der einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen, dass den mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Bewilligungsbehörden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. URP 2001, S. 929).

e) Im folgenden ist anhand der beschriebenen Kriterien zu prüfen, ob die Vorinstanzen im Zusammenhang mit der beantragten Verkürzung der Öffnungszeiten vorliegend zu Recht von unzumutbaren Störungen ausgegangen sind. Dabei ist zu beachten, dass das Verwaltungsgericht nach der gesetzlichen Ordnung lediglich zur Rechtskontrolle befugt ist; eine Überprüfung der Ermessensbetätigung steht ihm dagegen nicht zu (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Im Streitfall kann somit nur geprüft werden, ob die Verwaltung ihr Ermessen überschritten oder missbraucht und damit rechtswidrig gehandelt hat, indem sie die Verkürzung der Schliessungszeiten verweigerte. Das Verwaltungsgericht hat den Ermessensspielraum der Verwaltung zu respektieren, wenn diese bei ihrem Entscheid von sachlichen und vernünftigen Überlegungen ausging, die im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes stehen (statt vieler GVP 2001 Nr. 7 und 1999 Nr. 37).

aa) In bezug auf die beantragte Verkürzung der Schliessungszeiten ist von einer wesentlichen Änderung der Anlage auszugehen. Das zulässige Immissionsmass ist folglich höher, als wenn es sich um eine Neuanlage handeln würde. Sodann liegt die Liegenschaft, wie eingangs dargelegt, in der Kernzone, Bauklasse Altstadt. Gemäss Art. 6 Abs. 1 des Grossratsbeschlusses über den Lärmschutz (sGS 672.43) ist die Kernzone der Empfindlichkeitsstufe III zugeteilt, wo mässig störende Betriebe zugelassen sind (Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV). Unter diesen Gesichtspunkten wäre somit vorliegend grundsätzlich von einer verhältnismässig geringen Lärmempfindlichkeit auszugehen. Dies gilt unabhängig vom Nutzungsplan Altstadt, der die zulässige Anzahl Nichtwohngeschosse in der Altstadt beschränkt. Der Teilzonenplan beschlägt weder die zonenmässige Zuordnung noch die entsprechende Empfindlichkeitsstufe und stellt somit direkt keine Grundlage für Lärmbekämpfungsmassnahmen dar. Die angefochtenen Entscheide erweisen sich folglich nicht als stichhaltig, soweit das Bedürfnis für Lärmbekämpfungsmassnahmen direkt aus dem Nutzungsplan Altstadt abgeleitet wird. Indes ist zu berücksichtigen, dass der vorliegend geforderten einzelfallweisen Beurteilung die jeweiligen konkreten Verhältnisse zugrundegelegt werden müssen (vgl. BGE 126 III 228 f.). Dabei fällt in Betracht, dass in der Nähe des Restaurants M. – wohl nicht zuletzt auch als Folge des Nutzungsplans Altstadt – unbestrittenermassen über 140 Personen wohnen. Diesem verhältnismässig hohen Anteil an Wohnnutzung in der Kernzone ist bei der Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit von Lärmstörungen Rechnung zu tragen. Trotz der Geltung der Empfindlichkeitsstufe III ist deshalb vorliegend von einer vergleichsweise hohen Lärmempfindlichkeit auszugehen.

bb) Bezüglich des Charakters des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens fällt in Betracht, dass bei den benachbarten Gebäuden kein Lärm aus dem Innern des Restaurants M. zu hören ist. Mit Blick auf das bestehende Nachtfahrverbot (ab 22.00 Uhr) in der Metzgergasse ist sodann auch der Parkierungslärm lediglich von untergeordneter Bedeutung. Hingegen ist insofern mit Sekundärimmissionen zu rechnen, als sich Gäste beim Aufsuchen bzw. Verlassen des Lokals erfahrungsgemäss miteinander unterhalten, lachen etc. (GVP 1985 Nr. 18). Diese Art von Lärmimmissionen wird aufgrund ihres Informationsgehaltes und der Unregelmässigkeit ihres Auftretens als besonders lästig wahrgenommen (BGE 123 II 334). Dies gilt um so mehr, wenn die Störungen nach Mitternacht auftreten. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung bereits mehrfach die Bedeutung einer ungestörten Nachtruhe für Gesundheit und Wohlbefinden des Menschen betont (vgl. BGE 126 II 583 ff.).

cc) Im Zusammenhang mit der bestehenden Lärmvorbelastung ist unbestritten, dass die nördliche Altstadt von St.Gallen stark mit Lärm belastet ist. Den bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Entscheiden des Volkswirtschaftsdepartements vom 20. Januar 1999 kann entnommen werden, dass der Untere Graben zu den meistbefahrenen Strassen der Stadt St.Gallen gehört. Das Departement erwog,

dass bei verschiedenen an den Unteren Graben grenzenden Liegenschaften die Alarmgrenzwerte für Strassenlärm nach LSV sowohl am Tag als auch in der Nacht überschritten seien. Davon darf auch heute ohne weiteres ausgegangen werden, zumal die Sperrung des Marktplatzes/Bohl die Verkehrsbelastung auf dem Unteren Graben noch erhöht hat. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass in der unmittelbaren Umgebung des Restaurants M. und insbesondere im Bereich des Lokaleingangs durch die Nähe zum Unteren Graben der Lärm des Strassenverkehrs Sekundärimmissionen der vorstehend beschriebenen Art im wesentlichen überdeckt. Anders verhält es sich hingegen im Quartierkern, wo ein Nachtfahrverbot besteht und die Lärmbelastung durch den Strassenverkehr geringer ist als in unmittelbarer Strassennähe, da den vorgelagerten Bauten eine lärmhemmende Wirkung zukommt. Es ist davon auszugehen, dass ein Grossteil der Gäste über die Gassen im Quartierkern (Metzgergasse, Engulgasse, Augustinergasse, Kirchgasse) zum Restaurant gelangen bzw. dieses auf diesem Weg wieder verlassen. Es wird mithin auch in der weiteren Umgebung des Restaurants mit Sekundärimmissionen zu rechnen sein. Anders als in der unmittelbaren Nähe des Unteren Graben ist davon auszugehen, dass sich die Immissionen dort deutlich vom Strassenlärm abheben werden und die Weckschwelle erreichen können, zumal in den engen Gassen der Schall durch den Widerhall intensiver wahrgenommen wird. Eine Störung der Nachtruhe der Bevölkerung ist unter diesen Umständen trotz der erheblichen Lärmvorbelastung auf dem Unteren Graben nicht von der Hand zu weisen. Dem Umstand, dass gegen das Baugesuch keine Einsprachen erhoben worden sind, kommt unter diesen Umständen keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Bei regelmässigen Lärmimmissionen über der Weckschwelle nach Mitternacht kann generell nicht geschlossen werden, die Wohnbevölkerung sei in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört (vgl. BGE 126 III 229).

f) aa) Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Beschluss vom 9. Januar 2004 erwogen, dass bei einer Bewilligung der beantragten Verkürzung der Schliessungszeiten andere Lokale in der Umgebung das gleiche Recht in Anspruch nehmen wollten.

bb) Gemäss Art. 8 USG werden Einwirkungen sowohl einzeln als auch gesamthaft nach ihrem Zusammenwirken beurteilt. Umweltbelastungen sind häufig die Folge der Emissionen aus einer grossen Zahl von Anlagen, die für sich allein oft von geringer Bedeutung sind, durch ihr Zusammentreffen indessen zu ernsthaften Gefährdungen führen können. Dies kann auch bei den Lärmemissionen von Restaurantbetrieben so sein. Gemäss Art. 40 Abs. 2 LSV sind die Belastungsgrenzwerte denn auch überschritten, wenn die Summe gleichartiger Lärmemissionen, die von gleichartigen Anlagen erzeugt werden, sie überschreitet. Es kann somit zur Durchsetzung der Lärmschutzvorschriften dem Grundsatz nach erforderlich sein, die Anzahl Betriebsbewilligungen für Restaurantlokale in einem räumlich begrenzten Gebiet über Mitternacht hinaus zu limitieren. Art. 18 GWG ist entsprechend dieser eidgenössischen Vorgabe dahin gehend auszulegen, dass verlängerte

Öffnungszeiten auch im Hinblick auf die Gesamtbelastung durch mehrere Lokale verweigert werden können.

cc) Die Befürchtung der Beschwerdegegnerin, dass die Grenze des Zumutbaren überschritten würde, wenn weiteren Lokalen verlängerte Betriebszeiten gestattet würden, ist mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nicht von der Hand zu weisen. Nachdem, wie dargelegt, bereits bei der Bewilligung von verkürzten Schliessungszeiten für das Restaurant M. unzumutbare Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können, hätte dies bei weiteren Lokalen mit verlängerten Öffnungszeiten um so mehr zu gelten. Aufgrund der vorinstanzlichen Akten ist davon auszugehen, dass es im Bereich der nördlichen Altstadt verhältnismässig viele Restaurants und Bars gibt, die an einer Verkürzung der Schliessungszeiten interessiert wären. Auch dieser Umstand spricht somit gegen die Erteilung der beantragten Bewilligung.

g) Im Zusammenhang mit der Abwägung der betroffenen Interessen fällt schliesslich in Betracht, dass das öffentliche Interesse, das Restaurant M. nach 1.00 Uhr noch besuchen zu können, nicht allzu hoch ist. Nach eigenen Angaben schätzen die Gäste des Restaurants M. vor allem das «geruhsame Beisammensein bei Kerzenlicht und leiser Backgroundmusik». Die Nachfrage nach einem solchen Angebot hält sich nach Mitternacht indes erfahrungsgemäss in Grenzen. Bezüglich der privaten Interessen der Beschwerdeführerin ist zu berücksichtigen, dass nicht geltend gemacht wird, der Restaurantbetrieb sei auf die Verlängerung der Öffnungszeiten aus wirtschaftlichen Gründen angewiesen. Ausserdem besteht nach Angaben der Beschwerdeführerin bereits heute die Möglichkeit, an zwei von vier Wochenenden für den Freitag- und Samstagabend eine Bewilligung für verkürzte Schliessungszeiten zu erhalten. Unter diesen Umständen ist somit auch das private Interesse der Beschwerdeführerin an einer Verkürzung der Schliessungszeiten lediglich von untergeordneter Bedeutung. Demgegenüber ist das öffentliche Interesse an einer integralen Gewährleistung des Lärmschutzes nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts generell hoch zu gewichten (ZBI 2004, S. 102).

h) Zusammenfassend steht somit fest, dass im Bereich der nördlichen Altstadt aufgrund des verhältnismässig grossen Wohnanteils trotz der Zuordnung zur Empfindlichkeitsstufe III von einer relativ hohen Lärmempfindlichkeit auszugehen ist. Im weiteren können bei einer Verkürzung der Schliessungszeiten lästige Lärmimmissionen in der weiteren Umgebung des Restaurants M. nicht ausgeschlossen werden. Hinzu kommt die begründete Befürchtung, dass die Lärmsituation durch allfällige weitere Lokale mit verlängerten Betriebszeiten noch zusätzlich belastet werden könnte. Schliesslich besteht weder ein ausgewiesenes privates noch ein öffentliches Interesse an der Verkürzung der Schliessungszeit. Vor diesem Hintergrund kann den Vorinstanzen keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden, wenn sie die Verkürzung der Schliessungszeiten nicht bewilligt haben, sondern das öffentliche Interesse an der Gewährleistung des Lärmschutzes höher gewichtet

haben. Das Festhalten der Behörden an der allgemeinen gesetzlichen Regelung steht nicht in krassem Missverhältnis zum Nutzen für die Umwelt. Somit ist auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt.

4. a) Die Beschwerdeführerin macht im weiteren geltend, die Stadt habe der vis-à-vis vom Restaurant M. gelegenen Discothek C. die Bewilligung zur Verlängerung der Öffnungszeiten erteilt und der Tankstellen-Shop X. Y. habe sogar während 24 Stunden geöffnet. Dies verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit.

b) Nach dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe (vgl. Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) sind Massnahmen untersagt, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 125 I 435). Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 125 I 435 f. mit Hinweisen).

c) aa) Bei der C.-Bar handelt es sich um eine Discothek, beim Betrieb der Beschwerdeführerin indes um ein Restaurant. Als Tanzlokal hat die C.-Bar ein anderes Angebot und richtet sich an ein anderes Zielpublikum als das Restaurant M., was u. a. durch die Öffnungszeiten verdeutlicht wird: Die Discothek ist lediglich freitags und samstags, jeweils erst ab 23 Uhr geöffnet. Die Beschwerdeführerin steht somit nicht in direkter Konkurrenz zur C.-Bar, weshalb der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe nicht verletzt ist bzw. nicht zur Anwendung gelangt. Aber auch aus dem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Art. 8 BV gewährleistet zum vornherein nur einen Anspruch auf «relative Gleichbehandlung» und lässt Differenzierungen zu, die auf sachlichen und vernünftigen Gründen beruhen. Das andersartige Angebot der beiden Betriebe rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung in bezug auf die Schliessungszeit.

bb) Ebenso wenig steht die Parkhaus X. Y. AG in direkter Konkurrenz zur Beschwerdeführerin: Die Tankstelle und der dazugehörige Shop sind nicht vergleichbar mit dem Betrieb eines Restaurants. Anzuführen bleibt, dass der Parkhaus X. Y. AG die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 15 Abs. 1 RLG mit rechtskräftigem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2003 verwehrt wurde mit der Verpflichtung, sich an die gesetzlichen Schliessungszeiten gemäss RLG zu halten.

d) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin aufgeführten Gewerbebetriebe (C.-Bar und Parkhaus X. Y. AG) nicht um direkte Konkurrenten der Beschwerdeführerin handelt. Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe gelangt somit nicht zur Anwendung, und auch aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Die Beschwerde ist gestützt auf die obigen Ausführungen abzuweisen.

**28**

*Art. 33 Abs. 1 BauG (sGS 731.1); Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG (SR 700).* Zeitablauf, fehlende bauliche Entwicklung, erheblicher Sanierungsbedarf von Bauten sowie die Erschliessungssituation können einen Anspruch eines Grundeigentümers im Plangebiet auf gesamthafte Prüfung des Überbauungsplans begründen. Die Kognition der Rekursbehörde bei der Überprüfung eines Plans wird nicht erweitert, wenn das planende Gemeinwesen Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet ist.

*Verwaltungsgericht, 4. März 2005*

K. ist Eigentümer von vier Grundstücken im Bereich des Überbauungsplans «Haldenstrasse-Felsenstrasse» in St.Gallen. Dieser Plan aus dem Jahr 1961 erfasst verschiedene Grundstücke zwischen Halden- und Felsenstrasse. Am 12. Februar 2002 beschloss der Stadtrat eine Planänderung. Diese betraf nur die im Eigentum der Stadt stehende Parzelle C 1831, an der die Stadt der Wohnbaugenossenschaft H. ein Baurecht für die Erstellung eines Gebäudes mit acht Wohnungen eingeräumt hatte. K. erhob Einsprache und machte geltend, die Planänderung sei allein auf das Projekt auf der stadteigenen Parzelle ausgerichtet, und es sei zu Unrecht keine Gesamtüberprüfung vorgenommen worden. Der Stadtrat wies die Einsprache ab. K. erhob Rekurs, der vom Baudepartement abgewiesen wurde. Die Beschwerde von K. wurde vom Verwaltungsgericht geschützt.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, das Baudepartement habe sich in der Ermessenskontrolle zu Unrecht zugunsten der Gemeindeautonomie Zurückhaltung auferlegt. In einer Situation wie der vorliegenden, in der die Stadt St.Gallen als Eigentümerin einer im Planperimeter gelegenen und von der Änderung und Ergänzung des Überbauungsplanes direkt betroffenen Parzelle im Planungsverfahren eigene Interessen verfolge, sei eine derartige Zurückhaltung nicht zulässig und verletze seinen Anspruch auf umfassende und uneingeschränkte Rechts- und Ermessenskontrolle, der sich aus Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebe.

b) Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG gewährleistet das kantonale Recht die volle Überprüfung von Nutzungsplänen, zu denen auch die Überbauungspläne nach kantonalem Recht zu zählen sind, durch wenigstens eine Beschwerdebehörde. Der Anspruch umfasst neben der Rechts- und Sachverhaltskontrolle auch die Ermessenskontrolle (BGE 127 II 242; BGE 118 Ib 397). Diese Funktion ist im kantonalen Recht dem Rekursverfahren vor dem Baudepartement zugedacht (Art. 46 Abs. 1 VRP). Die Pflicht zur vollen Überprüfung schliesst indessen nicht aus, dass sich die Beschwerdeinstanz in Achtung der Gemeindeautonomie (Art. 3 Abs. 2 BauG) und



des Grundsatzes der Schonung nachgeordneter Planungsträger (Art. 2 Abs. 3 RPG) eine gewisse Zurückhaltung bei der Ermessensausübung auferlegt (BGE 115 Ia 8). Im Gegenteil darf die Rechtsmittelinstanz auch in Anwendung von Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG nicht ihr Ermessen an dasjenige der Gemeinde setzen und damit zur Planungsbehörde werden (BGE 109 Ib 125). Wohl aber hat sie nicht nur zu prüfen, ob die den Plan festsetzende Behörde das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht, mithin eine Rechtsverletzung begangen hat. Zu prüfen ist vielmehr ebenso, ob das Planungsermessen richtig und zweckmässig ausgeübt worden ist. Die mit voller Kognition betraute Behörde hat einzuschreiten, wenn sich die angefochtene Planfestsetzung als unzulässig oder unangemessen erweist. Andererseits hat der Staat den kommunalen Entscheid zu respektieren, wenn er den massgebenden Rechtsnormen und Planungsgrundsätzen entspricht und wenn er zweckmässig und sachgerecht ist (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 68; vgl. Ämisegger/Haag, in: Ämisegger/Kuttler/Moor/Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung [Loseblatt], Zürich 1999, Art. 33 N 56).

c) Dass die Politische Gemeinde St.Gallen im vorliegenden Fall Eigentümerin des von der strittigen Änderung und Ergänzung am wesentlichsten betroffenen Grundstückes ist, vermag an der Tatsache, dass sie die mit der nötigen Sachnähe ausgestattete Planungsträgerin ist, nichts zu ändern. Das Gesetz sieht keine Ausnahme von der Funktion als Planungsbehörde vor, wenn Grundstücke der Gemeinde betroffen werden. Deshalb hat sich die Rekursinstanz auch in diesem Fall zu Recht Zurückhaltung im beschriebenen Sinn auferlegt. Trotz der angezeigten Zurückhaltung ist die Rekursinstanz aber gehalten, den Entscheid der Planungsbehörde aufzuheben, wenn sie feststellt, dass sich diese bei der Ausübung ihres Ermessens von sachfremden, allein ihren eigenen Interessen dienenden Überlegungen leiten liess.

Im übrigen verschafft Art. 6 Abs. 1 EMRK keinen Anspruch auf eine Überprüfung des Ermessens (BGE 123 I 90; BGE 115 Ia 189 ff.).

Damit erweist sich die Rüge der Verletzung von Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG und von Art. 6 Abs. 1 EMRK als unbegründet.

3. Der Überbauungsplan ist ein Sondernutzungsplan. Er kann für ein engeres, bestimmt umgrenztes Gebiet, wie für ein Quartier, die Erschliessung und die besondere Bauweise ordnen (Art. 22 Abs. 1 BauG). Er besteht aus einer planlichen Darstellung und den dazugehörenden Bauvorschriften (Art. 22 Abs. 2 BauG). Als Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften kann er gemäss Art. 23 lit. b BauG die besondere Bauweise, vor allem hinsichtlich der Baumasse und der Ausnutzungsziffern, regeln (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 143 ff. und Anhang 3).

a) Gemäss Art. 32 Abs. 1 BauG werden Überbauungspläne von Amtes wegen geändert oder aufgehoben, wenn es aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist, insbesondere wenn sich die Grundlagen ihres Erlasses wesentlich geändert haben oder wenn wesentliche neue Bedürfnisse nachgewiesen sind. Der Grund-

eigentümer kann nach Ablauf von zehn Jahren seit Rechtsgültigkeit die Überprüfung von Überbauungsplänen verlangen (Art. 33 Abs. 1 BauG). Gemäss Art. 33 Abs. 2 BauG hat er Anspruch auf Aufhebung oder Änderung des Planes, wenn die Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 BauG gegeben sind, d. h. die Aufhebung oder Änderung aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten erscheint (lit. a), oder wenn der Zweck des Planes nicht erreicht wird und dem Grundeigentümer unzumutbare Nachteile erwachsen (lit. b).

b) Art. 32 Abs. 1 BauG führt den Grundsatz von Art. 21 Abs. 2 RPG näher aus, wonach Nutzungspläne überprüft werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Eine erhebliche Änderung liegt vor, wenn das Gemeinwesen nach der allgemeinen Erfahrung andere Festlegungen getroffen hätte, sofern die geänderten Verhältnisse zur Zeit der Ausarbeitung der Nutzungsplanung massgeblich gewesen wären (GVP 1999 Nr. 93). Art. 33 Abs. 2 BauG räumt dem Grundeigentümer einen rechtlich durchsetzbaren Änderungsanspruch ein. Nach lit. a kann sich der Grundeigentümer auf alle Gründe für eine Änderung oder Aufhebung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BauG berufen. Die zuständige Gemeindebehörde hat beim Entscheid einen erheblichen Beurteilungsspielraum (E. David, Ortsplanungsrecht II: Das Verfahren beim Erlass von Baureglement, Plänen und Schutzverordnungen, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 183, S. 114; GVP 2001 Nr. 93).

Prüft die zuständige Gemeindebehörde auf das Gesuch eines Grundeigentümers hin, ob sich ein Anspruch auf Aufhebung oder Änderung des Überbauungsplanes aus wichtigen öffentlichen Interessen ergibt (Art. 33 Abs. 2 lit. a BauG), so hat sie dabei dieselbe Betrachtungsweise zu Grunde zu legen, die sie bei einer von Amtes wegen vorzunehmenden Änderung gemäss Art. 32 Abs. 1 BauG einnimmt. Die Planungsbehörde muss somit eine Gesamtbetrachtung anstellen, die alle privaten und öffentlichen Interessen einbezieht. Sie muss sich bei ihrem Entscheid über Änderung oder Beibehaltung des Planes insbesondere von den Planungsgrundsätzen von Art. 1 und 3 RPG leiten lassen und dabei den veränderten Bedürfnissen des gesamten Überbauungsplangebietes gerecht werden. Aus diesem Grund muss es dem betroffenen Grundeigentümer möglich sein, der Planungsbehörde die Interessenlage nicht nur bezüglich seines eigenen Grundstücks darzulegen, sondern sie grundsätzlich auf alle von einer allfälligen Planänderung tangierten privaten und öffentlichen Interessen (David, a. a. O., S. 114) aufmerksam zu machen. Ein persönlicher Rechtsanspruch des Grundeigentümers gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. a BauG ergibt sich indessen nur, soweit die Überprüfung die Aufhebung des Planes oder Änderungen desselben nahe legt, die auch die Interessen des Grundeigentümers berühren.

Seit dem Erlass des geltenden Überbauungsplanes «Haldenstrasse-Felsenstrasse» vom 29. März 1961 sind über vierzig Jahre verstrichen. Der Beschwerdeführer hat damit anerkanntermassen Anspruch auf Überprüfung des Überbauungsplanes (Art. 33 Abs. 1 BauG).

c) Die Vorinstanz hat zunächst die Frage geprüft, ob der Stadtrat das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der geplanten, sich auf die Parzelle C 1831 erstreckenden Änderung und Ergänzung des Überbauungsplanes zu Recht bejaht hat. Sie führt in E. 3c ihres Entscheides aus, der geltende Überbauungsplan sehe entlang der Felsenstrasse einen durchgehenden Gebäudekomplex vor, der sich bis zur Parzelle C 1831 erstrecke und durch eine quer zum Hang stehende, mit dem Gebäude auf Parzelle C 3980 zusammengebaute Baute abgeschlossen werden solle. Eine derartige, quer zum Hang stehende Baute sei aber weder im Überbauungsplangebiet noch in dessen Umgebung realisiert worden. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Stadtrat ein frei und längs zum Hang stehendes Gebäude als dieser städtebaulichen Situation besser entsprechend erachtet habe. Ein freistehendes Gebäude ermögliche bessere Belichtungs- und Besonnungsverhältnisse. Auf Grund dieser Überlegungen kam die Vorinstanz zum Schluss, ein öffentliches Interesse an der geplanten Revision des Überbauungsplanes «Haldenstrasse-Felsenstrasse» sei gegeben.

Zugleich kam die Vorinstanz zum Schluss, der Stadtrat habe das öffentliche Interesse an einer Überbauungsplanänderung in Bezug auf die im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Parzellen C 3227, C 3228, C 3230 und C 3231 zu Recht verneint. Sie führte aus, die Parzellen C 3227 und C 3228 seien gemäss dem Überbauungsplan überbaut, wobei der westliche Teil der Parzelle C 3228 noch um ein Satteldach aufgestockt werden könne. Die kleinräumige Parzellenstruktur lasse eine andere Lage und Stellung der Bauten kaum zu; dies gelte insbesondere auch für die Parzellen C 3230 und C 3231, die im übrigen gemäss Überbauungsplan mit einem Neubau überbaut werden könnten. Ein wichtiges öffentliches Interesse an einer Gesamtüberbauung liege angesichts der kleinräumigen Parzellenstruktur und der städtebaulichen Situation nicht vor; zudem sei die Eigentümerschaft zu heterogen, um ein solches Projekt realisieren zu können.

aa) Den Ausführungen der Vorinstanz ist zumindest im Ergebnis soweit zuzustimmen, als sie das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Änderung des Überbauungsplanes in Bezug auf die Parzelle C 1831 bejahte. Im heutigen Zustand bildet diese Parzelle eine unerwünschte Baulücke, die dem raumplanerischen Bedürfnis nach innerstädtischer Verdichtung zuwiderläuft. Die fragliche Parzelle selbst konnte seit dem Erlass des Überbauungsplanes nicht neu bebaut werden. Diese Tatsache legt den Schluss nahe, dass der geltende Überbauungsplan den Bedürfnissen für diese Parzelle nicht entspricht. Eine längs dem Hang stehende Baute, wie sie gemäss geplanter Änderung auf der Parzelle C 1831 vorgesehen ist, fügt sich zudem gut in die im und über den Planperimeter hinaus vorhandene Bausubstanz ein. Soweit die Vorinstanz in diesem Punkt nicht ihr eigenes Ermessen an dasjenige des Stadtrates gesetzt hat, liegt kein rechtswidriges Nichtausüben von Ermessen vor.

bb) Soweit die Vorinstanz jedoch zum Schluss gelangte, der Stadtrat habe das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an einer die Parzelle C 1831 übergreifenden

Planrevision zu Recht verneint, entspringt dieses Ergebnis, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, einer zu punktuellen, nicht allen wesentlichen Elementen des Sachverhaltes Rechnung tragenden Betrachtung. Der Stadtrat, als Planungsbehörde zur umfassenden, den Anforderungen von Art. 32 BauG gerecht werdenden Überprüfung verpflichtet, verwies in seiner Begründung im wesentlichen auf den status quo, auf die bestehende Bebauung, auf die Kleinräumigkeit der Parzellen, die keine oder höchstens unwesentliche bauliche Erweiterungen zulassen, sowie auf die Tatsache, dass zur Zeit keine konkreten Bauprojekte vorlägen. Damit wird verkannt, dass Planung nicht reaktiv auf konkrete Bauprojekte hin zu betreiben ist, sondern die längerfristige Grundlage für die Entwicklung des Plangebietes darstellen soll. Nicht in Betracht gezogen hat der Stadtrat sodann die unbefriedigende bauliche Situation der mittleren Gebäudereihe, von der sich das Gericht anlässlich des Augenscheins einen unmittelbaren Eindruck verschaffen konnte. So stehen auf den Parzellen C 3230, C 3231 und C 3980 baufällige Gebäude, dasjenige auf der Parzelle C 3980 wird zudem überhaupt nicht genutzt. Die ehemals auf den Parzellen C 3121 und C 3122 stehenden Bauten wurden abgerissen und sind bis heute nicht durch neue Gebäude ersetzt worden. Die Tatsache, dass in dieser Gebäudereihe in den letzten 40 Jahren keine Neubauten realisiert wurden und erst jetzt ein Bauprojekt für ein einzelnes Gebäude vorliegt, stellt ein gewichtiges Indiz für die Unzweckmässigkeit des geltenden Überbauungsplanes dar. Dieser wurde übrigens zu einer Zeit erlassen, bevor das Raumplanungsgesetz und das Baugesetz in Kraft traten.

Die dargestellte bauliche Situation sowie die im folgenden unter Ziff. 3 d) hienach beschriebene Erschliessungssituation erfordern eine Prüfung des Gesamtkonzeptes, jedenfalls aber des Überbauungskonzeptes der mittleren Gebäudereihe sowie der Gebäudereihe entlang der Felsenstrasse. Dabei besteht kein Grund, nicht auch die vom Beschwerdeführer aufgezeigte Baustruktur zu prüfen, welche eine Verbindung der innen liegenden Grundstücke mit den Grundstücken entlang der Felsenstrasse vorsieht, zumal sich die Eigentumsverhältnisse seit dem Erlass des Überbauungsplanes geändert haben und der Beschwerdeführer nunmehr Eigentümer von insgesamt vier der Parzellen innerhalb des Planperimeters ist. Der Stadtrat hat damit nicht alle wesentlichen Sachverhaltselemente in die von ihm vorzunehmende umfassende Interessenabwägung einbezogen.

d) Die Vorinstanz hat zudem insbesondere der Erschliessungssituation im Haldenhof nicht genügend Beachtung geschenkt. Die Aufgabe von Überbauungs- und Gestaltungsplänen ist es unter anderem auch, die Erschliessung im von ihrem Perimeter erfassten Gebiet zu regeln. Legt ein Sondernutzungsplan die Erschliessung fest, so muss zumindest deren Zweckmässigkeit bereits im Planverfahren geprüft werden (vgl. GVP 1995 Nr. 93).

Land ist gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht, gemäss Art. 49 Abs. 2 lit. a BauG, wenn es über hinreichende Zu- und Wegfahrten verfügt. Bei der Beurteilung, ob eine hin-

reichende Erschliessung gegeben ist, sind die örtlichen Gegebenheiten von massgeblicher Bedeutung. Vor allem die Anlage und die Zweckbestimmung der Gebäude, denen die Zufahrt dient, sind in Betracht zu ziehen (GVP 1995 Nr. 93). In einer Wohn-Gewerbe-Zone liegt eine genügende Erschliessung dementsprechend nur vor, wenn neben der Zufahrt für öffentliche Rettungsdienste (Sanität, Feuerwehr) auch die Zufahrt für den mit der Wohn- und Gewerbenutzung verbundenen Verkehr gewährleistet ist. In Bezug auf die gewerbliche Nutzung sind auch Bedürfnisse wie Güterumschlag, Parkplätze für Kunden oder Zugänglichkeit mit Lieferwagen zu berücksichtigen. Voraussetzung für eine hinreichende Erschliessung ist sodann, dass die Zufahrten auch rechtlich gesichert sind (Heer, a. a. O., Rz. 513; A. Jomini, in: Ämissegger/Kuttler/Moor/Ruch [Hrsg.], a. a. O., Art. 19 N 23).

aa) Als öffentliche Strasse im Sinne des StrG ist lediglich das Haldenhofsträsschen klassifiziert (Gemeindestrasse dritter Klasse nach Art. 8 Abs. 3 StrG), welches den Haldenhof mit der Wassergasse verbindet. Die Zufahrten zu den einzelnen Parzellen im Haldenhof sind dagegen nicht als öffentliche Strassen dem Gemeingebrauch gewidmet, sondern lediglich über eine Vielzahl von gegenseitig eingeräumten privatrechtlichen Wegrechten aus dem Jahr 1925 gesichert. Gemäss Grunddienstbarkeitsvertrag vom 27. Oktober 1925 darf die Wegstrecke westlich des Mittelgebäudes (C 3230, C 3231) nur von den Eigentümern der Parzellen C 1831, C 3230, C 3231 befahren werden. Zum Zweck des ungehinderten Verkehrs müssen die Zufahrten gemäss Vertrag immer frei und offen gehalten werden.

Land für Erschliessungsanlagen ist in erster Linie mit planerischen Mitteln sicherzustellen, wobei aber privatrechtliche Regelungen nicht schlechthin ausgeschlossen sind (BGE 114 Ia 342 f.; 121 I 69 f.). Solche fallen indes nur bei eng begrenzten und überschaubaren Verhältnissen in Betracht, wo nur die Erschliessung einzelner Parzellen in Frage steht (GVP 2000 Nr. 18). Im Haldenhof werden dagegen zehn überbaute Grundstücke mittels privatrechtlicher Dienstbarkeiten erschlossen. Diese Wegrechte stammen zudem aus einer Zeit, in der das Verkehrsaufkommen einem Vergleich mit dem heutigen Zustand nicht standhält. Das von der Beschwerdegegnerin geplante Projekt sieht acht Wohnungen vor, was bezüglich des Verkehrsaufkommens eine erhebliche Mehrbelastung zur Folge hat. Daran ändert das Urteil des Kantonsgerichts vom 11. September 1998 i. S. C. nichts. Dieses hatte lediglich die Mehrbelastung eines einzelnen Dienstbarkeitsbelasteten zum Gegenstand. Selbst wenn in der Stadt St. Gallen eine privatrechtliche Erschliessung in ähnlich gelagerten Verhältnissen nicht aussergewöhnlich ist, wie am Augenschein von der Beschwerdebeteiligten ausgeführt wurde, so muss doch aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse eine ausschliesslich privatrechtlich geregelte Zufahrtberechtigung im Haldenhof unter Berücksichtigung der geplanten Erstellung von acht zusätzlichen Wohnungen als ungenügende Erschliessung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 RPG und Art. 49 Abs. 2 lit. a BauG betrachtet werden. Unter den gegebenen Verhältnissen ruft die Erstellung von acht zusätzlichen Wohnungen nach einer öffentlich-rechtlichen Erschliessungslösung.

bb) Die Erschliessungssituation des Haldenhofs ist zudem in tatsächlicher Hinsicht unzumutbar. Das Gericht konnte sich anlässlich des Augenscheins von den engen Zufahrtsverhältnissen überzeugen. Der Abstand zwischen den der Felsenstrasse entlang stehenden Gebäuden auf den Parzellen C 1831, C 3228, C 3227 und den Gebäuden im Hof (Parzellen C 3230, C 3231) beträgt stellenweise weniger als 6 Meter. Dasselbe gilt für den Abstand der Hofgebäude zu den Gebäuden entlang der Haldenstrasse. Die Raumverhältnisse lassen praktisch keinerlei Abstellmöglichkeiten zu Parkier- oder Umschlagzwecken im Hof zu. Dies erschwert die gewerbliche Nutzung der Hofgebäude. Von den ungünstigen Erschliessungsverhältnissen zeugt neben der Tatsache, dass in der mittleren Gebäudereihe seit Erlass des Überbauungsplanes keine Neubauten realisiert werden konnten, auch der Umstand, dass das Gebäude auf der Parzelle C 3980 in einem sehr schlechten Zustand ist und die ehemaligen Gebäude auf den Parzellen C 3121 und C 3122 abgebrochen und bis heute nicht durch Neubauten ersetzt wurden. Die Tatsache, dass sich auch die mittlere Gebäudezeile seit Jahren in einem schlechten baulichen Zustand befindet und in den letzten vierzig Jahren unter dem geltenden Überbauungsplan keine Neubauten erstellt wurden, hätte der Vorinstanz Zweifel an der Zweckmässigkeit des geltenden Erschliessungskonzepts und Anlass zu einer genaueren Prüfung anderer Erschliessungsmöglichkeiten geben müssen.

Dies gilt umso mehr, als sich die Erschliessungssituation wie erwähnt aufgrund der zusätzlichen Zu- und Wegfahrten noch verschärfen wird, sollte ein den Plänen der Beschwerdegegnerin entsprechendes Gebäude mit Garagen oder Abstellplätzen auf der Parzelle C 1831 realisiert werden und die Raumverhältnisse im Haldenhof mit den neuen Markierungslinien für den Baubereich A noch enger werden.

Entgegen den Ausführungen des Vertreters der Beschwerdegegnerin anlässlich des Augenscheins würde die Errichtung der geplanten Baute mit oberirdischen Parkplätzen auf der Parzelle C 1831 zudem die zukünftige Erschliessung im Haldenhof weitgehend präjudizieren. Es ist nicht gesichert, dass die Eigentümer dieses Gebäudes in einem späteren Zeitpunkt zur Umsetzung eines anderen Erschliessungskonzepts freiwillig Hand bieten würden und angesichts der Bestandesgarantie dürfte sich eine alternative Lösung kaum hoheitlich durchsetzen lassen.

cc) In Anbetracht dieser Ausgangslage hätte die Vorinstanz bzw. der Stadtrat das bestehende Erschliessungskonzept prüfen und einer Änderung unterziehen müssen. Namentlich wäre, je nach Überbauungskonzept, abzuklären gewesen, ob die Anordnung der Parkplätze im Plangebiet in einer gemeinsamen Tiefgarage in den Überbauungsplan hätte aufgenommen werden müssen. Die besV zum geänderten Überbauungsplan sehen diesbezüglich lediglich vor, dass 8 der 9 zulässigen Parkplätze für das Gebäude auf der Parzelle C 1831 in einer Garage zu errichten sind. Sie legen damit nicht fest, wo die Garagen anzuordnen sind, lassen also auch ein den Plänen der Beschwerdegegnerin entsprechendes, die zukünftige Erschliessung wie oben ausgeführt weitgehend präjudizierendes Gebäude mit oberirdischen Garagen auf der Parzelle C 1831 zu. Sollte sich jedoch eine gemeinsame Tiefga-

rage als zweckmässig erweisen, so ist diese zwingend bereits im revidierten Überbauungsplan vorzusehen.

e) Hinzu kommt, dass westlich an das Planperimetergebiet eine Brache angrenzt. Im Rahmen einer Überprüfung des Planes ist daher auch in Betracht zu ziehen, ob allenfalls eine Erweiterung zweckmässig ist.

f) Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass aufgrund des Alters des Planes, der seit Inkrafttreten des Plans unterbliebenen baulichen Entwicklung, des erheblichen baulichen Sanierungsbedarfs mehrerer im Plangebiet befindlicher Bauten sowie der den heute geltenden Bestimmungen widersprechenden Erschliessungssituation die Vorinstanz die Streitsache an den Stadtrat zur umfassenden Feststellung und Würdigung des Sachverhalts und zur gesamthaften Überprüfung des Überbauungsplanes hätte zurückweisen müssen. Indem sie dies unterlassen und den Entscheid des Stadtrates geschützt hat, verletzte sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf Überprüfung des Überbauungsplanes nach Art. 33 Abs. 1 BauG.

## 29

*Art. 93 Abs. 4 BauG (sGS 731.1).* Die Umschreibung des Dachgeschosses ergibt sich aus dem Baureglement. Eine Vorschrift, wonach der Dachstock als Ganzes entweder als Attikageschoss oder mit Kniestock auszubauen ist, dient der Durchsetzung der Zonenordnung.

*Verwaltungsgericht, 25. Januar 2005*

In einer Baueinsprache wurde gerügt, das geplante Mehrfamilienhaus weise drei Vollgeschosse auf, was in der Wohnzone für zweigeschossige Bauten unzulässig sei. Der Gemeinderat wies die Einsprache ab. Die Einsprecher erhoben Rekurs, der vom Baudepartement gutgeheissen wurde, da die Dachraumgestaltung und Dachform dem kommunalen Baureglement widerspreche. Die Gemeinde erhob gegen den Rekursentscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Die Südseite des projektierten Mehrfamilienhauses soll terrassenartig ausgestaltet werden. Auf der Nordseite ist im dritten Geschoss ein steiles Schrägdach geplant, das gekappt in ein Flachdach übergeht. In der Mitte wird das Schrägdach durch eine Dachaufbaute durchbrochen, deren Dach waagrecht in das Flachdach des Gebäudes mündet. Im Rahmen des Rekursverfahrens reichte die Beschwerde-

beteiligte sodann ein überarbeitetes Projekt ein. Danach ist nicht nur im Norden, sondern auch im Süden – anstelle des Attikarücksprungs – ein steiles Schrägdach geplant, das in das Flachdach übergeht. Strittig ist, ob die Gestaltung des dritten Geschosses bewilligungsfähig ist.

a) In der Zone W2b, in der sich die Parzelle Nr. •• befindet, sind zwei Vollgeschosse zulässig. Die Umschreibung der Geschosse ist den entsprechenden Baureglementen zu entnehmen. Das BauG enthält keine Definition (vgl. dazu B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 690). Nach Art. 12 Abs. 1 des kommunalen Baureglements (abgekürzt BauR) zählt als Vollgeschoss jedes Stockwerk, das weder als Untergeschoss noch als Dachgeschoss gilt. Als Dachgeschosse gelten nach Art. 12 Abs. 3 BauR Geschosse, die im Dachraum liegen und einen Kniestock (Oberkant Fussboden bis Schnittpunkt Innenwand mit Dachuntersicht) von höchstens 1,00 m aufweisen oder als Attikageschoss auf der Längsseite unter einem Winkel von 45° alter Teilung vom Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut über dem obersten Vollgeschoss zurückliegen.

b) Unbestritten ist, dass das dritte Geschoss des Projekts auf der Annahme beruht, nach Art. 12 Abs. 3 BauR gelte ein Geschoss auch dann als Dachgeschoss, wenn es sowohl aufgrund der Attika- als auch der Kniestockvariante geplant werde. Die Beschwerdeführerin rügt, der angefochtene Entscheid verletze Recht, weil der Rekurs der Beschwerdegegner vorab mit der Begründung gutgeheissen worden sei, nach Art. 12 Abs. 3 BauR gelte ein Dachraum nur dann als Dachgeschoss, wenn er als Ganzes entweder als Attikageschoss ausgeführt werde, oder aber unter einem Giebedach liege und einen Kniestock von höchstens 1,00 m aufweise. Sie hält dafür, diese Vorschrift stehe der Kombination beider Möglichkeiten nicht entgegen und erlaube es, auf die jeweiligen örtlichen Gegebenheiten abgestimmte Dachgestaltungen zu verwirklichen.

aa) Die Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm setzt deren Verständnis voraus. Dieses ergibt sich durch die Auslegung. Mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt das Verwaltungsgericht für die Erforschung des Inhalts und der Tragweite einer Rechtsnorm verschiedene Elemente. Dabei wird dem grammatikalischen Element als Ausgangspunkt der Auslegung ein besonderes Gewicht beigemessen. Dem Wortlaut als Auslegungsregel gebührt der Vorrang, wenn er zu einem vernünftigen, mit Sinn und Zweck der Rechtsordnung zu vereinbarenden Ergebnis führt (vgl. GVP 1996 Nr. 2). Davon wird nur abgewichen, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen oder aus der Entstehungsgeschichte ergeben (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 716 mit Hinweisen).

bb) Art. 12 Abs. 3 BauR definiert das Dachgeschoss unter dem Randtitel «Geschosse» als ein Geschoss im Dachraum, das einen Kniestock von höchstens 1,00 m aufweist oder auf bestimmte Weise als Attikageschoss ausgestaltet ist.



Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift bestehen somit zwei Möglichkeiten, ein Geschoss als Dachgeschoss auszubauen. Das Dachgeschoss ist entweder ein solches mit einem Kniestock oder ein solches mit einer längsseitigen Attikagegestaltung. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin ist es demnach nicht zulässig, im Einzelfall von beiden Möglichkeiten gleichzeitig Gebrauch zu machen. Entsprechend der Annahme der Vorinstanz müsste aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 BauR ausdrücklich hervorgehen, dass eine solche Kombination zulässig ist.

Des weiteren besteht kein Grund zur Annahme, der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 BauR könnte den wahren Sinn der Vorschrift nicht wiedergeben. So führt die systematische Auslegung ebenfalls zum Ergebnis, dass der Dachraum als Ganzes entweder als Dachgeschoss mit Kniestock oder als Attikageschoss ausgestaltet werden muss. Während Art. 12 Abs. 3 BauR im Kapitel «Überbauungsvorschriften» die Ausgestaltung des Dachraums regelt, befasst sich Art. 20 Abs. 1 BauR im Kapitel «Bau- und Gestaltungsvorschriften» mit der Dachgestaltung. Danach sind Dachaufbauten, Dacheinschnitte und Dachflächenfenster architektonisch gut zu gestalten. Sodann dürfen sie höchstens die Hälfte der Länge der jeweiligen Gebäudeseite beanspruchen und bis in die Fassadenflucht reichen. Die Kombination der in Art. 12 Abs. 3 BauR vorgesehenen Möglichkeiten führt im vorliegenden Fall dazu, dass bei der Kniestockvariante ein unzulässiger Dacheinschnitt vorliegt, indem das Giebeldach auf der ganzen Längsseite abgeschnitten bzw. weggelassen wird. Bei der Attikavariante wird demgegenüber die Bestimmung verletzt, wonach auf der (jeweiligen) Längsseite der Raum unter einem Winkel von 45° freigehalten werden muss. Auch das im Rahmen des Rekursverfahrens eingereichte überarbeitete Projekt hat zur Folge, dass die zulässige maximale Geschosshöhe überschritten wird. Nach den Vorgaben für ein Attikageschoss verletzt das angedeutete Schrägdach den freizuhaltenden Neigungswinkel von 45° auf den Längsseiten. Geht man demgegenüber von einem zu einem Flachdach abgeschnittenen Giebeldach aus, so stellt der weggelassene Giebel auch hier einen unzulässigen Dacheinschnitt über die ganze Längsseite dar. Des weiteren spricht auch die teleologische Auslegung nicht dafür, dass ein Dachgeschoss auch dann vorliegt, wenn die beiden nach Art. 12 Abs. 3 BauR vorgesehenen Varianten kombiniert werden. Vorschriften über Geschosshöhe, Gebäudehöhe und Gebäudelänge gehören zum klassischen Baupolizeirecht und schützen öffentliche und private nachbarliche Interessen. Die öffentlichen Interessen liegen vorab im Bereich der Sicherheits-, Gesundheits- und Feuerpolizei, aber auch darin, die Veränderung des baulichen Charakters der Ortschaften durch zu hohe Gebäude zu verhindern bzw. das Erscheinungsbild einer Baute zu beeinflussen (vgl. E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, S. 432 mit Hinweisen; vgl. auch P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 291). Den Bestimmungen über die Geschosshöhe kommt darüber hinaus ordnungspolizeilicher Charakter insofern zu, als sie eine Regelzahl für den Fall aufstellen, dass die Zonenvorschriften keine maximale Geschosshöhe bestimmen (vgl. Hänni, a. a. O., S. 291). Im vorliegenden Fall vermittelt das äussere Erscheinungsbild der Baute zum einen den Eindruck

von drei Vollgeschossen, obschon nach der Zonenordnung nur zwei Vollgeschosse zulässig sind. Zum andern wird Sinn und Zweck von Art. 12 Abs. 3 BauR auch dadurch keine Rechnung getragen, dass die Nutzungsbeschränkung im Dachraum, die damit angestrebt wird, im Interesse der Beschwerdebeteiligten weitgehend vereitelt wird. Unbestritten ist, dass die Kombination der beiden Möglichkeiten – Kniestock- und Attikavariante – eine weit grössere Nutzung des Dachgeschosses gestattet, als wenn nur von einer Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Die Beschwerdegegner weisen zu Recht darauf hin, dass die attikamässige Rückversetzung des Dachraums auch auf der Nordseite eine wesentliche Verringerung der nutzbaren Fläche im obersten Geschoss des Gebäudes zur Folge hätte. Für den Fall, dass ausschliesslich die Kniestockvariante gewählt würde, müsste sodann ein erheblich geringerer Dachneigungswinkel als die eingezeichneten 45° gewählt werden, ansonsten die maximale Firsthöhe (vgl. Art. 5 BauR) überschritten würde. Was die Entstehungsgeschichte von Art. 12 Abs. 3 BauR anbetrifft, hält das ARE in seiner Stellungnahme vom 31. März 2004 schliesslich fest, anlässlich der Vorgespräche zur Genehmigung des BauR sei in diesem Zusammenhang einzig die Frage diskutiert worden, ob ein Geschoss auch dann als Attikageschoss gelten könne, wenn es auf den Schmalseiten bis zur Fassade reiche, nicht aber, ob die beiden Möglichkeiten im Einzelfall kombiniert werden dürfen. Das ARE äussert sich dahingehend, eine solche Regelung hätte mit dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 BauR zum Ausdruck gebracht werden müssen, unabhängig davon, ob sie hätte genehmigt werden können.

c) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, mit ihrer restriktiven Auslegung werde Art. 12 Abs. 3 BauR zur positiven Gestaltungsvorschrift. Derart einschränkende Vorgaben für das ganze Gemeindegebiet seien mit Art. 93 Abs. 4 BauG indessen nicht vereinbar.

aa) Nach Art. 93 Abs. 1 BauG sind Bauten und Anlagen, Ablagerungen und andere Eingriffe in das Gelände, die das Orts- und Landschaftsbild verunstalten, untersagt. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift ist dem Charakter der Gegend und der Art der Zone bei der Beurteilung Rechnung zu tragen. Die Gemeinde kann gestützt auf Art. 93 Abs. 4 BauG sodann für bestimmte Teile ihres Gebiets strengere Vorschriften erlassen. Der Anwendungsbereich dieser Vorschriften ist räumlich auf Gebiete zu beschränken, die besonders wertvoll sind (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 1038). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es den Gemeinden auf Grund von Art. 93 Abs. 4 BauG untersagt, allgemeine Ästhetik-Vorschriften zu erlassen, die über den kantonrechtlichen Rahmen hinausgehen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 1038 mit Hinweis auf VerwGE vom 14. November 2002 i. S. J. L. und M. W. mit Hinweisen).

Die ästhetischen Generalklauseln sind im Verhältnis zu den Vorschriften des Bau- und Planungsrechts gleichrangig oder gehen ihnen in gewissem Sinn vor, denn sie können auch angerufen werden, wenn die übrigen relevanten Bauvorschriften (wie z. B. Geschosshöhe, Abstände) eingehalten worden sind. Wenn das Bauvorhaben den speziellen Vorschriften zur Gestaltung der Bauten und der Zonenordnung entspricht, kann es nur verhindert werden, wenn es ästhetische Interessen verletzt, die von äs-

thetischen Generalklauseln geschützt werden. Wenn zum Beispiel die Dachneigung und das Volumen einer Baute den einschlägigen Vorschriften entsprechen, greifen die Generalklauseln nur, wenn im Einzelfall das Ergebnis nicht tragbar ist, d. h. wenn nach der Interessenabwägung die ästhetischen Interessen überwiegen (vgl. B. Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklauseln des kantonalen Baurechts, Diss. St.Gallen 2001, S. 82). Die Anwendung von Ästhetik-Vorschriften darf jedoch nicht dazu führen, dass generell – etwa für ein ganzes Quartier oder ein Baugeviert – die Zonenordnung aus den Angeln gehoben wird. Wenn die Zonenvorschriften ein gewisses Bauvolumen zulassen, kann eine Bauverweigerung gestützt auf die Ästhetik-Generalklausel nur erfolgen, wenn überwiegende öffentliche Interessen es verlangen (vgl. Hänni, a. a. O., S. 303 mit Hinweisen).

bb) Zutreffend ist, dass die Wahrung ästhetischer Gesichtspunkte beim Bauen ein elementares ordnungspolizeiliches Erfordernis darstellt. Es wird nicht positiv das schöne Bauwerk schlechthin verlangt, sondern lediglich, dass negativ das vorhandene Schöne – und sei es auch nur ein herkömmlicher Strassenzug – nicht durch neue Bauten und Anlagen gestört werde (vgl. Hänni, a. a. O., S. 305 mit Hinweisen). Art. 12 Abs. 3 BauR ist Teil der kommunalen Überbauungsvorschriften und Art. 20 Abs. 1 BauR gehört zu den Bau- und Gestaltungsvorschriften. Die damit festgelegten Vorgaben – auch diejenige, wonach der Dachstock als Ganzes entweder als Attikageschoss oder mit Kniestock auszubauen ist – dienen insbesondere dazu, die Zonenordnung durchzusetzen bzw. im konkreten Fall zu verhindern, dass die Baute drei Vollgeschosse aufweist. Dementsprechend bleiben diese Vorschriften nicht ohne Einfluss auf das äussere Erscheinungsbild von Bauten. Dies bedeutet indessen nicht, dass Art. 12 Abs. 3 BauR darauf ausgerichtet ist, Verunstaltungen zu verhindern und das erst noch in einem Ausmass, das über den kantonalrechtlichen Rahmen hinausgeht.

d) Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich darauf, es sei sinnvoll und entspreche bewährter Praxis, unterschiedliche Dachgestaltungen einerseits zum Hang und andererseits zur Aussichtsseite hin zu bewilligen.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass dem geplanten Bauvorhaben kommunale Bauvorschriften entgegenstehen und dass die Vorinstanz deshalb zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, es sei nicht bewilligungsfähig. An dieser Beurteilung vermag nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin ihre eigenen Regelbauvorschriften offenbar verschiedentlich in rechtswidriger Weise angewendet und Baubewilligungen unter Missachtung von Art. 12 Abs. 3 BauR erteilt hat, um aus ihrer Sicht im Einzelfall optimale Lösungen zu ermöglichen. Sollte die Beschwerdeführerin indessen auch in Zukunft nicht davon absehen, unter Missachtung ihres eigenen Rechts Baubewilligungen zu erteilen, ist es Aufgabe der Aufsichtsbehörde, dies zu unterbinden.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Recht verletzt, als unbegründet erweist. Art. 12 Abs. 3 BauR lässt es nicht zu, je nach den örtlichen Gegebenheiten aus Sicht der Beschwerdeführerin zweckmässige Dachgestaltungen zu verwirklichen, indem die Kniestock- und die Attikavariante im Einzelfall kombiniert werden.

**30**

*Art. 98 Abs. 1 lit. f und Abs. 2 BauG (sGS 731.1).* Einem Abbruchverbot der Villa Wiesental in St.Gallen steht weder der Überbauungsplan entgegen, noch stellen eine mit dem vorsorglichen Abbruch der Villa erreichte Freihaltefläche oder das Bedürfnis eines künftigen Investors nach Rechtssicherheit gewichtige Interessen dar, die das Interesse am Erhalt der Villa überwiegen.

*Verwaltungsgericht, 5. Juli 2005*

Der M-Verband ist Eigentümer des Grundstücks an der Rosenbergstrasse 95 in St.Gallen. Dieses liegt im Perimeter des Überbauungsplans mit besonderen Vorschriften «Hauptbahnhof Nordwest» vom 2. März 2000. Darauf steht die 1878 erbaute Villa Wiesental. Am 12. März 2003 ersuchte der Eigentümer den Stadtrat um Entlassung der Villa Wiesental aus dem Inventar der schützenswerten Bauten. Der Stadtrat erachtete die Schutzwürdigkeit der Villa zwar als unbestritten, entliess sie aber gleichwohl aus dem Inventar, da er die dem Interesse am Denkmalschutz entgegenstehenden städtebaulichen und raumplanerischen Interessen als gewichtiger einstufte. In der Folge ersuchte der M-Verband um Erteilung einer Abbruchbewilligung. Dagegen erhob der Heimatschutz St.Gallen/Appenzell Innerrhoden Einsprache. Die Baupolizeikommission erteilte die Abbruchbewilligung und wies die Einsprache ab. Auf Rekurs des Heimatschutzes hin hob das Baudepartement die Abbruchbewilligung auf. Gegen den Rekursentscheid erhob der M-Verband Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Villa Wiesental ein Schutzobjekt im Sinne von Art. 98 Abs. 1 lit. f. BauG ist. Diese rechtliche Beurteilung wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Da die Frage der Schutzwürdigkeit jedoch auch bei der strittigen Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen im Sinne von Art. 98 Abs. 2 BauG eine wesentliche Rolle spielt, werden im folgenden die diesbezüglich massgeblichen Gesichtspunkte nochmals erörtert.

a) Schutzgegenstand im Sinn von Art. 98 Abs. 1 lit. f. BauG sind geschichtlich oder künstlerisch wertvolle Bauten. Schutzgegenstände dürfen nach Art. 98 Abs. 2 BauG nur mit Bewilligung beseitigt oder beeinträchtigt werden. Voraussetzung ist, dass sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt.

Art. 98 Abs. 1 lit. f. BauG macht die Schutzwürdigkeit einer Baute davon abhängig, ob ihr ein künstlerischer oder geschichtlicher Wert zugesprochen werden kann. Er bietet somit zwei getrennt und alternativ bezeichnete Anknüpfungspunkte für die Schutzwürdigkeit. Eine Gesamtbetrachtung einer Baute unter künstlerischer und geschichtlicher Würdigung fordert das Gesetz indessen nicht (GVP 2001 Nr. 12; GVP 1997 Nr. 16 mit Hinweis auf VerwGE vom 13. Dezember 1991/27. April

1992 i. S. Heimatschutz SG/Al; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 1051).

aa) Die Beurteilung der Schutzwürdigkeit einer Baute bzw. die Frage, was unter einer geschichtlich oder künstlerisch wertvollen Baute zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Die Beurteilung dieser Rechtsfrage hat sich auf objektive und grundsätzliche Kriterien zu stützen. Dabei sind die örtlichen Verhältnisse besonders in Betracht zu ziehen. In Frage kommen vorab die stilistische Eigenart einer Baute, deren Ausführung und Ausgestaltung und ihre Bedeutung für die örtlichen Verhältnisse. Massgebend für den Entscheid ist die Überzeugung, die von einer Allgemeinheit getragen werden kann. Der Entscheid über die Schutzwürdigkeit einer Baute ist in den Anschauungen zu suchen, die durch weite Kreise getragen werden und Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben können. Das subjektive Empfinden einzelner Personen kann dagegen keinen gültigen Entscheidmassstab setzen. Dabei ist sowohl das durchschnittliche Empfinden eines Menschen zu beachten als auch die Beurteilung der Fachleute zu gewichten. Der Entscheid hat die Meinung der Allgemeinheit und jene der Fachleute gebührend zu berücksichtigen und zwischen diesen Meinungen gegebenenfalls einen Ausgleich zu finden. Was als erhaltenswürdig zu gelten hat, entscheidet der Richter somit gestützt auf sein eigenes Urteil und unter Berücksichtigung der Meinungsäusserungen von Fachleuten (GVP 2001 Nr. 12; GVP 1997 Nr. 16 mit weiteren Hinweisen; Heer, a. a. O., Rz. 1051).

bb) Der Ausdruck «wertvoll» deutet darauf hin, dass die Schutzwürdigkeit nur solchen Bauten zukommen kann, die aus künstlerischer oder historischer Sicht ein wertvolles Zeugnis der Baukunst ablegen können. Bauten, die nicht über den Durchschnittswert hinausragen, fallen dagegen für die Unterschutzstellung nach Art. 98 Abs. 1 lit. f. BauG ausser Betracht. Auch mit dem Argument der Rarität kann der Wert einer Baute nicht ohne weiteres nachgewiesen werden (GVP 2001 Nr. 12; GVP 1997 Nr. 16; Heer, a. a. O., Rz. 1052).

cc) Der Begriff der «Schutzwürdigkeit» ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Bei der Anwendung und der Auslegung eines solchen Begriffs bleibt der Verwaltungsbehörde im Regelfall ein Beurteilungsspielraum, der sich allein deshalb schon rechtfertigt, weil die behördliche Würdigung aufgrund von örtlichen Gegebenheiten erfolgt, über welche die Ortsbehörden eine sachnahe Kenntnis verfügen. Einen solchen Beurteilungsspielraum anerkennt das Verwaltungsgericht in seiner Spruchpraxis zu Art. 98 BauG. In solchen Fällen übt auch das Verwaltungsgericht die durch die Rechtslage gebotene Zurückhaltung bei der eigenen Beurteilung (GVP 2001 Nr. 12).

b) aa) In ihrem Amtsbericht vom 2. April 2004 führt die Kantonale Denkmalpflege zunächst aus, es seien in St.Gallen nur etwa zwölf Villenbauten aus der späteren Gründerzeit (1860–1890) vorhanden, wovon sich die meisten aber deutlich von der Villa Wiesental unterschieden, sei es, dass sie noch klassizistisch ausgeformt seien, sich an die italienische Renaissance anlehnten oder bereits gotisie-

rende Architekturformen aufwies. Die Villa Wiesental verkörpere dagegen die hohe Eleganz der französischen Renaissance-Architektur und bewege sich damit «auf oberstem internationalem Parkett». Bereits durch die Stilwahl gebe die Villa zu erkennen, dass sie Mitglieder der obersten kosmopolitischen Gesellschaftsschicht beherbergt habe. Sie sei ein wichtiger und einzigartiger Zeuge der Rezeption französischer zeitgemässer Wohnbaukunst.

b) Unter dem Titel Innenausstattung lässt sich dem Amtsbericht vom 2. April 2004 entnehmen, dass die Villa Wiesental über eine ausgesprochen reiche und aussergewöhnlich vollständig erhaltene Innenausstattung verfügt. Das Treppenhaus mit gusseisernen Balustern, die Glastüren zu den Wohnungen und die Kunststeinfliesen seien einmalige Raritäten. Im Erdgeschoss wie im ersten Obergeschoss seien fast alle ursprünglichen Parkettböden – teilweise aufwendigste Einlegearbeiten – sowie die Stuckdekorationen der Spiegeldecken mit Rosetten und Eckverzierungen praktisch überall erhalten. Besonders hervorgehoben werden im Bericht im weiteren die unbeschadet vorhandenen Vertäferungen, die Türen mit Ätztglasscheiben, die in jeder Wohnung vorhandenen Cheminées, die seitlich zusammenklappbaren Fensterläden, ein ganz in Arventäfer ausgekleidetes Zimmer sowie ein westseitiges Treppentürmchen mit einer hölzernen Wendeltreppe und einer Eingangstür zum Garten.

c) In städtebaulicher Hinsicht wird im Amtsbericht vom 2. April 2004 sodann festgehalten, dass der Villa Wiesental in zweifacher Hinsicht eine eigentliche Scharnierfunktion zukomme. Einerseits stehe sie zeitlich an der Schwelle der «grosstädtischen Stadtgestaltung», die ab 1880 das nördliche Bahnhofquartier prägte; sie bilde aber auch baulich den Angelpunkt von der lockeren Vorstadtbebauung zur geschlossenen Zeilenbauweise. Sie schaffe einen Zusammenhalt für das historische Gewebe der Stadt. Auch heute noch – wie vor 125 Jahren – bilde sie den Auftakt zum grosstädtisch anmutenden Strassenzug der Rosenbergstrasse. Die Villa sei an diese Strasse gebaut worden, weshalb sie sich auch heute noch an ihrem Standort behauptete.

d) Zusammenfassend erachtet die Kantonale Denkmalpflege die Villa Wiesental als Bestandteil des kulturellen Erbes der Stadt St.Gallen. Sie sei in ihrer Art in St.Gallen einzigartig und weise hohe architektonische bzw. architekturgeschichtliche Qualitäten auf und sei von wichtigem historischen Zeugniswert. Sie sei daher als Einzelobjekt unbedingt schützenswert. Darüber hinaus komme der Villa auch städtebaulich eine eminente Bedeutung zu, weshalb zusätzlich der Respekt vor der städtebaulichen Entwicklungsgeschichte die Erhaltung der Villa gebiete.

c) In seinem Beschluss vom 15. April 2003, mit welchem die Villa Wiesental aus dem Inventar der schützenswerten Bauten in der Stadt St.Gallen entlassen wurde, führte der Stadtrat St.Gallen aus, der denkmalpflegerische Wert der Villa sei unbestritten und der Abbruch stelle einen Verlust baukünstlerischer Substanz dar. Unter Abwägung des öffentlichen Interesses an der Denkmalpflege und der entgegenstehenden öffentlichen Interessen raumplanerischer und städtebaulicher Natur kam der Stadtrat indessen zum Schluss, dass letztere überwiegen würden und die Villa Wiesental deshalb aus dem Inventar der schützenswerten Bauten zu entlas-

sen sei. Der Stadtrat hat die Villa Wiesental also nicht aus dem Inventar entlassen, weil er ihre Qualität als Schutzobjekt im Sinne von Art. 98 Abs. 1 BauG verneinte, sondern weil er der Erhaltung entgegenstehende öffentliche Interessen höher gewichtete. Die Vorinstanz hat im übrigen zu Recht festgestellt, dass das Inventar im Sinne einer lediglich internen, behördlichen Richtlinie über die Schutzwürdigkeit von Bauten Auskunft gibt, nicht jedoch eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 98 Abs. 2 BauG vorwegnimmt.

d) Auf Grund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Villa Wiesental sowohl historisch als auch künstlerisch einen hohen Wert aufweist. Zu diesem Schluss kommt auch der Gutachter des Beschwerdeführers in der Bestandsaufnahme vom 18. Oktober 2003. Aussengestaltung und Innenausstattung sind ausserordentlich reichhaltig und weitgehend im originalen Zustand erhalten. Die Villa Wiesental ist eine von nur wenigen Villen aus der Gründerzeit in St.Gallen, wobei sich die meisten anderen von der Villa Wiesental deutlich unterscheiden und die am besten vergleichbaren Objekte in bezug auf den Reichtum der äusseren und inneren Gestaltung nicht an die Villa Wiesental herankommen. Die Villa Wiesental reicht architektonisch weit über den Durchschnitt hinaus und ist in ihrer Art in der Stadt St.Gallen einzigartig. Vor diesem Hintergrund und gestützt auf die Wahrnehmungen anlässlich des Augenscheins kommt das Gericht zum Schluss, dass der Villa Wiesental entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen Schutzobjektqualität im Sinne von Art. 98 Abs. 1 lit. f. BauG zukommt.

3. Im folgenden ist gemäss Art. 98 Abs. 2 BauG zu prüfen, ob sich gewichtige öffentliche oder private Interessen nachweisen lassen, die das Interesse an der Erhaltung der Villa Wiesental überwiegen und ihren Abbruch rechtfertigen können.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe den öffentlichen, namentlich raumplanerischen und städtebaulichen Interessen nicht in angemessener Weise Rechnung getragen. Vorliegend sei jedoch der Überbauungsplan «Hauptbahnhof Nordwest» aus dem Jahr 2000 geradezu Ausdruck eines öffentlichen Interesses an der raumplanerischen Bereitstellung und Sicherung von Arealen zur zukunftsgerichteten städtebaulichen Entwicklung. Dem betreffenden Areal komme in der künftigen städtebaulichen Entwicklung unbestrittenermassen grosse Bedeutung zu. Bereits bei Erlass des Überbauungsplanes habe eine Interessenabwägung zwischen denkmalpflegerischen Überlegungen und raumplanerisch-städtebaulichen Interessen stattgefunden. Deren Ergebnis sei die Nichterfassung der Villa Wiesental im Überbauungsplan.

aa) Die Bedeutung der Villa Wiesental in städtebaulicher Hinsicht wird nicht einheitlich beurteilt. Der Stadtrat führte in seinem Entscheid vom 15. April 2003, mit welchem er die Villa Wiesental aus dem Inventar der schützenswerten Bauten entliess, aus, der im Jahr 2000 in Kraft getretene Überbauungsplan «Hauptbahnhof Nordwest», welcher zur Schutzwürdigkeit der Villa Wiesental keine Aussagen mache, lege die Rahmenbedingungen für eine zeitgemässe und moderne Stadtentwicklung fest. Aus städtebaulicher und planerischer Sicht sei eine bauliche Ent-

wicklung in diesem Bereich auch erwünscht und habe für die Stadt St.Gallen eine grosse Bedeutung. Auf Grund der engen Platzverhältnisse verunmögliche die Erhaltung der Villa jedoch eine weitere Entwicklung an dieser wichtigen Stelle. In der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Denkmalschutz und den erwähnten städtebaulichen und planerischen Interessen kommt der Stadtrat sodann zum Schluss, dass letztere überwiegen.

Die Kantonale Denkmalpflege hingegen vertritt in ihrem Amtsbericht vom 2. April 2004 unter dem Titel «Städtebauliche Argumentation» die Meinung, dem Erhalt der Villa Wiesental komme in städteplanerischer Sicht eine wichtige Funktion zu. Die Villa Wiesental habe Scharnierfunktion. Einerseits stehe sie zeitlich an der Schwelle der «grosstädtischen Stadtgestaltung», andererseits bilde sie baulich den Angelpunkt von der lockeren Vorstadtüberbauung zur geschlossenen Zeilenbauweise. Sie bilde damit in ihrem heutigen baulichen Umfeld eine wichtige Zäsur in der Bebauung und mache die Grenze von der Vorstadt zur Innenstadt erlebbar. Der Villa Wiesental komme – gerade auch wegen des sich stark verändernden Umfeldes – städtebaulich eine eminente Bedeutung zu. Der Respekt vor der städtebaulichen Entwicklungsgeschichte bedinge die Erhaltung und den Einbezug der Villa in die weitere Planung des Quartiers.

bb) Ein Überbauungsplan mit besonderen Vorschriften (abgekürzt besV) regelt die Bauweise, vor allem hinsichtlich der Baumasse und der Ausnützungsziffer. Unter Beibehaltung der Zweckbestimmung der Zone kann von den allgemeinen Zonenvorschriften abgewichen werden (Art. 23 lit. b BauG). Beim Erlass eines Überbauungsplans ist insbesondere den Zielen und Planungsgrundsätzen nach Art. 1 und 3 RPG Rechnung zu tragen (Heer, a. a. O., Rz. 147).

Der Umstand, dass der Erlass eines Überbauungsplanes eine umfassende Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen voraussetzt, ändert nichts an der Tatsache, dass im Verfahren, das zum Erlass des Überbauungsplanes führt, weder über die Schutzwürdigkeit von Bauten an sich noch über die Frage, ob überwiegende Interessen die Beseitigung eines schützwürdigen Objekts rechtfertigen, entschieden wird. Die diesbezügliche Interessenabwägung ist in einem konkreten Baubewilligungsverfahren zu prüfen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 1055; vgl. ferner BGE 115 Ia 32, wonach Sondernutzungspläne angepasst werden müssen, wenn im Verfahren betreffend die Zulässigkeit eines Abbruchs die Schutzwürdigkeit einer Baute festgestellt wird). Zutreffend wird denn auch in Art. 6 besV festgehalten, dass durch den Überbauungsplan die Klassierung der namentlich erwähnten Lokremise und des Wasserturms im Inventar der schützenswerten Bauten der Stadt St.Gallen nicht aufgehoben wird und die Schutzwürdigkeit dieser Bauten in einem gesonderten Verfahren festzustellen ist.

cc) Ein wesentlicher Aspekt zur Beantwortung der Frage, ob sich ein gewichtiges, das Interesse an der Erhaltung überwiegendes Bedürfnis im Sinne von Art. 98 Abs. 2 BauG nachweisen lässt, ist der bauliche Zustand nach dem Abbruch. Liegt ein grundsätzlich bewilligungsfähiges, konkretes Bauvorhaben vor, so kann dieses



zum Vergleich herangezogen und unter städtebaulichen und raumplanerischen Gesichtspunkten dem Ist-Zustand gegenübergestellt werden. Besteht jedoch für die betroffene Parzelle kein konkretes Projekt, sondern lediglich ein Überbauungsplan, so kann der Ist-Zustand nur mit der Nutzung des unbebauten Grundstücks ohne Erstellung eines Neubaus verglichen werden (BGE 115 Ia 33).

Ein konkretes Bauprojekt, das auf der Parzelle C 2371 realisiert werden könnte, liegt zur Zeit unbestrittenermassen nicht vor. Dem vorinstanzlichen Entscheid lässt sich entnehmen, dass auf der Parzelle C 2371 gemäss Testplanung der Stadt St.Gallen die Errichtung eines Hochhauses geprüft wird, für welches der geltende Überbauungsplan jedoch angepasst werden müsste. Der Stadtplaner räumte anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins ein, dass im jetzigen Zeitpunkt noch völlig offen sei, was dereinst gebaut werde. Diese Feststellung hat entsprechend den Aussagen der Beteiligten anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts nach wie vor Geltung.

Der Überbauungsplan «Hauptbahnhof Nordwest» vom 2. März 2000 sieht im Bereich der Parzelle C 2371 lediglich zwei Richtungspunkte für einen durch das Grundstück führenden Fussweg sowie eine Markierungslinie vor. Gemäss Art. 3 besV ist eine dereinstige Neubaute mit ihrer ganzen strassenseitigen Fassade an diese Linie zu stellen. Der Erlass eines zusätzlichen Sondernutzungsplanes ist für den Baubereich nicht vorgesehen. Die heute gültige Planung lässt damit weitestgehend offen, wie weit ein künftiges Bauprojekt städtebaulichen und raumplanerischen Interessen Rechnung tragen wird. Als minimaler Standard müsste ein Neubau lediglich dem Erfordernis der Zonenkonformität sowie den Regelbauvorschriften entsprechen, und es dürften keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen (Art. 87 Abs. 1 BauG). Die Realisierung eines solch unbestimmten Bauvorhabens vermag kein das Interesse an der Erhaltung der Villa Wiesental überwiegendes Bedürfnis im Sinne von Art. 98 Abs. 2 BauG zu begründen.

b) Der Beschwerdeführer macht im weiteren geltend, die Vorinstanz habe seinen privaten, namentlich finanziellen Interessen zu wenig Gewicht beigemessen. Die Gebäudehülle befinde sich in einem sehr schlechten Bauzustand. Auch wenn sich die Räumlichkeiten im Inneren in relativ gutem Zustand präsentierten, so trüge der Schein. Für die Nutzbarkeit der Liegenschaft wichtige Bereiche wie Sanitär- und Elektroinstallationen seien dringend sanierungsbedürftig. Ebenso seien in Bälde Erneuerungen bezüglich Heizungs- und Kaminanlage erforderlich. Der Aufwand, der zur Aufrechterhaltung der Gebrauchstauglichkeit nötig würde, stehe in keinem Verhältnis zum Nutzen, der aus der Vermietung der Räumlichkeiten gezogen werden könne. Der Beschwerdeführer weist in diesem Zusammenhang auf BGE 115 Ia 33 hin, wo das Bundesgericht ausführt, die mit einem Abbruchverbot bewirkte Sicherung des Schutzzweckes könne – jedenfalls solange keine ins Gewicht fallende Erhaltungsaufwendungen notwendig seien – auch ohne besonders einträgliche Nutzung nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Solche ins Gewicht fallenden Erhaltungsaufwendungen lägen im vorliegenden Fall, wenn auch nicht frankenmässig beziffert, vor.

aa) Das Bundesgericht verfolgt bei der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Denkmalschutz und den finanziellen Interessen Privater eine sehr restriktive Praxis; es bedarf des Vorliegens ausserordentlicher Umstände, damit wirtschaftliche Überlegungen der privaten Eigentümer das öffentliche Interesse an einer schutzwürdigen Baute überwiegen (E. Wiederkehr Schuler, *Denkmal- und Ortsbildschutz*, Zürich 1999, S. 46). So führte das Bundesgericht wiederholt aus, sehr erhebliche finanzielle Interessen könnten der Verfolgung eines weniger gewichtigen Interesses im Wege stehen. Dagegen müssten auch sehr grosse finanzielle Interessen der Grundeigentümer unter Umständen öffentlichen Interessen weichen, weil sonst das Gemeinwesen im Bereich der Innenstädte seine öffentlichen Interessen kaum mehr wahrnehmen und namentlich kaum noch Bauten unter Denkmalschutz stellen könnte (unveröffentlichter BGE vom 18. November 1992, zitiert in: Wiederkehr Schuler, a. a. O., S. 52 ff.; *Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Juni 1995*, in: ZBI 1996 S. 366 ff.). Rentabilitätsüberlegungen sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann umso geringer zu gewichten, je schutzwürdiger eine Baute ist (BGE 104 Ia 128, 105 Ia 236, 109 Ia 263, 120 Ia 285).

bb) Da für das Grundstück, auf welchem die Villa Wiesental steht, noch kein Bauprojekt vorliegt, ist unter dem Gesichtspunkt der Rentabilität der Ist-Zustand mit der Baulandbrache zu vergleichen, die nach einem Abbruch zurückbleibt. Der Augenschein vom 5. Juli 2005 hat ergeben, dass die Villa Wiesental in einem vermietungstauglichen Zustand ist; die letzte Mieterin ist nach beschwerdeführerischen Angaben erst zwei Tage vor dem Augenschein des Verwaltungsgerichts ausgezogen, nachdem sämtliche Mietverhältnisse durch den Beschwerdeführer gekündigt worden waren. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Wohnungen wiederum vermietet werden könnten und einen Mietzins abwerfen würden. Bezüglich der geltend gemachten Sanierungskosten fällt in Betracht, dass erheblicher Sanierungsbedarf bei Objekten des Denkmalschutzes grundsätzlich nichts Aussergewöhnliches ist. Vorliegend kommt hinzu, dass seit geraumer Zeit keine Unterhaltsmassnahmen im Fassadenbereich und am Dach unternommen worden sind. Ausserdem sind die Sanitär- und Elektroinstallationen sowie die Heizungs- und Kaminanlage veraltet. Wenn nun in nächster Zeit verschiedene Sanierungsarbeiten auf einmal notwendig werden sollten, so hat sich dies der Beschwerdeführer zu einem grossen Teil selber zuzuschreiben. Namentlich ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Unterhalt nicht gestaffelt über die Jahrzehnte hinweg – der Beschwerdeführer ist seit 1947 Eigentümer der Liegenschaft – vorgenommen worden ist. Generell geht es nicht an, wertvolle Liegenschaften in ihrem Unterhalt zu vernachlässigen, um dann unter Berufung auf erhebliche Sanierungskosten deren Abbruch zu erwirken. Zu beachten ist zudem, dass für die Villa Wiesental keine Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 99 BauG angeordnet worden sind und dem Beschwerdeführer aus der Verweigerung der Abbruchbewilligung keine positiven Unterhalts- oder Sanierungspflichten erwachsen. Im übrigen kann hinsichtlich Instandstellung und Kosten auf Art. 100 BauG verwiesen werden. Erhaltungsauf-

wendungen, welche gegenwärtig ein Abbruchverbot als unverhältnismässig erscheinen liessen, sind nicht nachgewiesen.

c) Nicht überzeugend ist schliesslich der Einwand des Beschwerdeführers, die Verweigerung der Abbruchbewilligung ersticke die rechtlich angezeigte Interessenabwägung schon im Keim, da sich kein Investor finde, der das finanzielle Risiko auf sich nehme, ein Projekt auszuarbeiten, solange ungewiss sei, ob ein Abbruch überhaupt möglich ist. Die Vorinstanz hat zu Recht ausgeführt, dass jedes Bauvorhaben mit einem gewissen Projektierungsrisiko verbunden ist. Die Investoren tragen dabei entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers gerade auch bei Grossprojekten stets das Risiko, dass sich ein Vorhaben überhaupt nicht umsetzen lässt. Zu berücksichtigen ist sodann, dass einem allfälligen Investor das Instrument des Vorverfahrens (Art. 91 f. BauG) zur Verfügung steht, welches der vorgängigen Abklärung wichtiger Baufragen dient. Der Bauherr kann sich in diesem raschen Verfahren Klarheit über eine Rechtslage verschaffen und dadurch Projektierungskosten ersparen (Heer, a. a. O., Rz. 1020).

d) Aus dem Gesagten folgt, dass einem Abbruchverbot weder der Überbauungsplan entgegensteht, noch eine mit dem vorsorglichen Abbruch der Villa erreichte Freihaltefläche oder das Bedürfnis eines künftigen Investors nach Rechtssicherheit gewichtige Interessen darstellen, die das Interesse an der Erhaltung der Villa zu überwiegen vermöchten. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich damit in bezug auf die gemäss Art. 98 Abs. 2 BauG vorzunehmende Interessenabwägung als rechtmässig. Die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen. Indes sei ausdrücklich festgehalten, dass das Abbruchverbot insofern vorläufigen Charakter hat, als bei einem konkreten Neubauprojekt eine erneute Interessenabwägung nach Art. 98 Abs. 2 BauG vorzunehmen wäre.

---

## 8. Abgaben

---

### 31

*Art. 31 Abs. 2 Satz 1 StG (sGS 811.1):* Gewinne aus Liegenschaftenhandel gelten – anders als bei der Grundstücksgewinnsteuer – in der Regel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht erst mit der Eigentumsübertragung als zugeflossen.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 23. August 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 22

### 31A

*Art. 31 Abs. 2 Satz 2 StG (sGS 811.1):* Bei der Verpachtung landwirtschaftlicher Liegenschaften ist zu prüfen, ob diese Massnahme vorübergehenden oder endgültigen Charakter hat. Wird von einer endgültigen Verpachtung ausgegangen, so kann zur Vermeidung einer Härte die Überführung ins Privatvermögen aufgeschoben werden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 7. September 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 24

### 31B

*Art. 42 Abs. 1 StG (sGS 811.1):* Ordentliche Verluste aus selbständiger Tätigkeit aus den Übergangsjahren können nach den allgemeinen Grundsätzen in den Folgejahren verrechnet werden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 1. März 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 20

**31C**

*Art. 45 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1); Art. 81 Abs. 2 BVG (SR 831.40); Art. 9 Abs. 2 FZG (SR 831.42).* Nachkauf von fehlendem Altersguthaben in der beruflichen Vorsorge mit Beitragsprimat. Den Steuerbehörden kommt eine eigenständige Prüfungsbefugnis hinsichtlich einer reglementarischen Einkaufsregelung zu, unabhängig davon, ob diese bereits anlässlich einer aufsichtsrechtlichen Überprüfung als mit den gesetzlichen Bestimmungen für übereinstimmend befunden wurde. Der im vorliegenden Fall getätigte Nachkauf wird nicht vollumfänglich zum Abzug zugelassen, weil die reglementarische Einkaufsregelung ein Leistungsziel vorsieht, welches über die ordentliche Beitragszahlung sowie unter Berücksichtigung einer generell zulässigen Aufzinsung der Altersguthaben von 1.5 Prozent nicht erreicht werden kann.

*Verwaltungsgericht, 15. November 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 18 und 19

**31D**

*Art. 48 Abs. 2 und Art. 49 Abs. 1 Ingress StG (sGS 811.1):* Das Stichtagsprinzip ist eine zulässige Schematisierung zwecks Vereinfachung der Rechtsanwendung. Es besteht kein Wahlrecht entweder den Abzug von Unterhaltsbeiträgen oder den Kinderabzug geltend zu machen.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 25. Mai 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 21

**32**

*Art. 67 StG (sGS 811.1); Art. 127 Abs. 2 BV (SR 101).* Bei Selbständigerwerbenden, deren Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, ist beim Wechsel von der Pränumerandobesteuerung mit Vergangenheitsbemessung zur Postnumerandobesteuerung mit Gegenwartsbemessung der gesamte Gewinn des in die erste Steuerperiode nach dem Systemwechsel fallenden Geschäftsabschlusses zu erfassen. Eine allfällige Überbesteuerung verstösst im ersten Steuerjahr nicht gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

*Verwaltungsgericht, 7. April 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 3

**32A**

*Art. 80 Abs. 1 lit. g StG (sGS 811.1).* Gemeinnützigkeit setzt eine Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit sowie Uneigennützigkeit voraus. Ein Allgemeininteresse wird regelmässig nur dann angenommen, wenn der Kreis der Destinatäre grundsätzlich offen ist. Die Zwecksetzung darf nicht nur statutarisch proklamiert, sondern muss auch tatsächlich verwirklicht werden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 15. November 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 14

**33**

*Art. 84 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b StG (sGS 811.1).* Beiträge an die 2. Säule sind nicht als Geschäftsaufwand abzugsfähig, wenn bereits zu Beginn des Geschäftsjahres fest stand, dass sie im Verhältnis zu den ausbezahlten Löhnen übersetzt sind.

*Verwaltungsgericht, 31. Mai 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 9

**33A**

*Art. 203 Abs. 1 StG (sGS 811.1).* Die Einleitungsfrist von zehn Jahren gilt mangels ausdrücklicher Übergangsregelung auch für Sachverhalte, die sich unter dem alten Recht seit Inkrafttreten des StHG 1993 verwirklicht haben.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 12. Januar 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 2 und StE (Der Steuerentscheid) 2005 B 110 Nr. 12

**34**

*Art. 212 Abs. 1 StG (sGS 811.1).* Von juristischen Personen sind Ausgleichszinsen ab 1. Januar 1999 auch dann zu erheben, wenn die Steuerforderung aus einer Steuerperiode vor 1999 stammt.

*Verwaltungsgericht, 22. März 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 4

**34A**

*Art. 239 Satz 1, 54, 57 Abs. 1 StG (sGS 811.1).* Für die Bemessung der Grundsteuer ist seit dem 1. Januar 2001 (Revision des StG durch das GGS) nicht mehr in jedem Fall die amtliche Verkehrswertschätzung massgebend. Dem Steuerpflichtigen ist es unbenommen, durch geeignete Mittel darzutun, dass der geschätzte Verkehrswert nicht mehr dem aktuellen Marktwert des Grundstücks zu Beginn der Steuerperiode entspricht.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 7. September 2005*

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2005 Nr. 23

## 9. Öffentliches Beschaffungswesen

---

### 35

*Art. 5 Abs. 1, Art. 31 Abs. 1 und Art. 33 VöB (sGS 841.11).* Es widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot, einem Anbieter den Zuschlag unter der Bedingung zu vergeben, dass er sein mangelhaftes, den ausgeschriebenen Mindestanforderungen in mehreren Punkten nicht genügendes Angebot nachbessert.

*Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2005*

Am 5. Juli 2005 entschied die Regierung über verschiedene Aufträge für die Erteilung von PC-Kursen für erwerbslose Personen mit einem Volumen von maximal Fr. 9 012 900.–. Unter anderem wurden 10 PC-Kurse in der RAV-Region Rapperswil für das Jahr 2006 mit Option auf 20 weitere Kurse zum Preis von Fr. 157 875.– der S. AG vergeben. In der Zuschlagsverfügung war festgehalten, die S. AG müsse ihre Offerte in zwei Bereichen nachbessern. Gegen den Zuschlag erhob die nicht berücksichtigte Anbieterin H. Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Termin und Erfahrung.

Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden.

b) Die Vorinstanz hat in der Ausschreibung als Voraussetzung für den Vertragschluss unter anderem die Bewertung der Offerten in den Bereichen Kursanbieter/Infrastruktur, Konzept und Kursleitung mit mindestens 20 Punkten festgelegt. Die Beschwerdegegnerin erreichte in den Bereichen Konzept und Kursleitung lediglich 18 bzw. 16 Punkte und wurde von der Vorinstanz verpflichtet, bis spätestens 8. September 2005 ihre Offerte in diesen beiden Bereichen nachzubessern, andernfalls kein Auftrag erteilt würde.



c) Art. 5 Abs. 1 VöB bestimmt, dass Anbieter gleich behandelt und nicht diskriminiert werden.

Art. 31 Abs. 1 VöB schreibt vor, dass der Auftraggeber die Angebote nach einheitlichen Kriterien prüft. Offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler werden korrigiert (Art. 31 Abs. 2 VöB).

Verhandlungen können nach Art. 33 Abs. 1 VöB geführt werden, soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind. Sie werden gemäss Art. 33 Abs. 2 VöB unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt. Das Ergebnis wird schriftlich festgehalten.

Abgebote sind nicht zulässig, ausgenommen im freihändigen Verfahren (Art. 33 Abs. 3 VöB).

d) Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, dass Offerten unveränderlich sind und nach der Abgabe weder von der Behörde noch vom Anbieter abgeändert werden dürfen (vgl. Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 339). Dieser Grundsatz kommt auch in der Bestimmung zum Ausdruck, wonach Offertkorrekturen auf offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler beschränkt sind. Die Vergabebehörde kann zwar bei unklaren Angaben Erläuterungen verlangen, welche schriftlich festgehalten werden müssen (Art. 31 Abs. 3 VöB). Das Gebot der Gleichbehandlung verlangt aber, dass die Offerten sämtlicher Anbieter grundsätzlich unverändert einander gegenübergestellt werden. Nur auf diese Weise hat der Anbieter mit der wirtschaftlich günstigsten Offerte die Möglichkeit, seine Vorteile wahrzunehmen und den Zuschlag zu erlangen. Sowohl bei Erläuterungen als auch bei Verhandlungen sind das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Diese Grundsätze werden beispielsweise missachtet, wenn die Vergabebehörde nur einem einzelnen Anbieter die Möglichkeit gibt, seine Offerte an einem Unternehmengespräch zu erörtern (GVP 2002 Nr. 32). Noch gewichtiger ist der Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn einem Anbieter die Möglichkeit gegeben wird, sein Angebot nach Erteilung des Zuschlags nachzubessern. Das Gebot der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet unter anderem, dass grundsätzlich alle Anbieter, welche die Zuschlags- und Eignungskriterien erfüllen, in Verhandlungen einbezogen werden müssen (GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweis). Wird einem Anbieter die Möglichkeit eingeräumt, im Falle eines ungenügend erfüllten Zuschlagskriteriums seine Offerte nachzubessern, so werden dadurch die anderen Anbieter diskriminiert. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur der Beschwerdegegnerin die Chance eingeräumt wurde, ihre ungenügende Offerte nachzubessern, nicht aber auch der Beschwerdeführerin ermöglicht wird, ihr Angebot nachzubessern. Nach der gesetzlichen Ordnung sind zwar nur Abgebotsrunden explizit verboten. Doch gerade dies zeigt die Diskriminierung, wenn einerseits Abgebote unzulässig sind, Nachbesserungen aber bei den übrigen Kriterien zugelassen werden und zudem auf einzelne Anbieter beschränkt bleiben.

Ein Anbieter hat unter den von der Regierung angewendeten Rahmenbedingungen die Chance, aufgrund eines in den übrigen Kriterien ungenügenden Angebotes einen tieferen Preis festzulegen und anschliessend die Mängel nach Erteilung des bedingten Zuschlages nachzubessern. Dies ist gegenüber einem Anbieter, der ein genügendes Angebot einreicht und unter Umständen genau aus diesem Grund einen höheren Preis ansetzt, sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Vorinstanz wendet ein, der Zuschlag sei nicht unter Bedingungen erteilt worden. Dieses Argument ist aber unbehelflich. Der Vertragsschluss wurde un-zweideutig davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdegegnerin bis 8. September 2005 ihr Angebot nachbessert und in den beiden ungenügend erfüllten Kriterien die Mindestpunktzahl erreicht. Der Zuschlag ist die öffentlich-rechtliche Voraussetzung zum Vertragsschluss. Dieser wurde von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht, welches die Beschwerdegegnerin beeinflussen konnte. Somit wurde eine Bedingung für den Vertragsschluss festgelegt. Von einer Auflage kann im vorliegenden Fall ohnehin nicht gesprochen werden. Die Vorinstanz hat keine konkreten Auflagen gemacht, in welchen einzelnen Punkten das Angebot der Beschwerdegegnerin zu verbessern ist, sondern sie hat lediglich angeordnet, dass vor Vertragsschluss die Mindestbewertung erfüllt sein muss.

Bereits in der Ausschreibung war festgehalten worden, dass Angebote, welche bei den Kriterien Kursanbieter und Infrastruktur, Konzept und Kursleitung nicht mindestens 20 Punkte erreichen, nur mit Auflagen berücksichtigt würden. Es fragt sich, ob dieser Teil der Ausschreibung mit Beschwerde hätte angefochten werden müssen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind Mängel in der Ausschreibung im Rechtsmittel gegen diese zu rügen und können nicht erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag vorgebracht werden (VerwGE vom 24. Oktober 2002 i. S. T. AG). Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot sind jedoch Rechtsgrundsätze, welche die Behörde von Amtes wegen zu beachten hat. Die Behörde kann daher die Anbieter nicht mittels Zustimmung zu den Modalitäten des Ausschreibungsverfahrens verpflichten, einen rechtswidrigen Zuschlag zu akzeptieren bzw. auf das Recht zur Anfechtung des Zuschlags zu verzichten. Zudem handelt es sich vorliegend nicht nur um einen Mangel der Ausschreibung, sondern ebensosehr um einen fehlerhaften Zuschlag.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Zuschlag dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Diskriminierungsverbot widerspricht und somit Art. 5 VöB verletzt. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung der Regierung aufzuheben.

**36**

*Art. 5bis VöB (sGS 841.11).* Hat eine Anbieterin an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen so mitgewirkt, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen kann, darf sie sich nicht am Vergabeverfahren beteiligen. Der Zuschlag an eine solchermassen vorbereitete Anbieterin ist aufzuheben.

*Verwaltungsgericht, 20. Dezember 2005*

Das Baudepartement des Kantons St.Gallen vergab den Auftrag für die Erneuerung des Verkehrsleitsystems und der Verkehrsbeleuchtung auf der Stadtautobahn der Nationalstrasse A1 der Ingenieurgesellschaft (INGE) X./Y. Gegen den Zuschlag erhob die Anbieterin INGE A./B. Beschwerde und rügte, die INGE X./Y. habe das Vorprojekt ausgearbeitet und sei deshalb derart vorbereitete, dass sie am Vergabeverfahren nicht hätte teilnehmen dürfen. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Ein wesentliches Ziel des Vergaberechts besteht in der Gewährleistung eines echten, fairen und offenen Wettbewerbs. Ein solcher Wettbewerb ist nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot (Art. 5 VöB) steht deswegen auch der Grundsatz der Vorbereitung im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts (Art. 5bis VöB). Dieser besagt, dass Personen und Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen dergestalt mitgewirkt haben, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen können, sich am Vergabeverfahren nicht beteiligen dürfen. Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Vorbereitung ist demgemäss, inwieweit der vorbereitete Anbieter den Zuschlag zu seinen Gunsten beeinflussen konnte.

Die Vorbereitung eines Anbieters setzt voraus, dass er sich bereits vor der Teilnahme am Submissionsverfahren, also vor Eröffnung des Verfahrens, mit der konkret in Frage stehenden Beschaffung befasst hat. Dabei ist unbedeutend, auf welche Art der Anbieter mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (vgl. Nyffenegger/Kobel, Vorbereitung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 S. 55 f. mit weiteren Hinweisen). Eine Verfahrensbeteiligung wird dabei als zulässig erachtet, wenn der durch die Vorbereitung bewirkte Wissensvorsprung nur zu einem geringfügigen Vorteil gegenüber den anderen Anbietern führt, wenn die Mitwirkung des vorbereiteten Anbieters bei der

Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist und die Mitwirkung sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt wird (vgl. Nyffenegger/Kobel, a. a. O., S. 64 f. mit weiteren Hinweisen).

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt; so kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Auftraggeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat (vgl. VerwGE ZH vom 8. Dezember 2004, in: BEZ 2005 S. 21). So kann bspw. bei der Erweiterung eines Gebäudes der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen werden.

Die Gefahr der Vorbefassung resp. die Art der Beeinflussung kann darin bestehen, dass der vorbefasste Anbieter versucht, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten, um seine Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen, oder dass er die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzt oder durch vorgängigen Behördenkontakt persönliche Bekanntschaft mit den Behördemitgliedern schliessen und auf diese Weise Sympathien gewinnen kann (Nyffenegger/Kobel, a. a. O., S. 56 mit weiteren Hinweisen). Des weiteren liegt eine bloss untergeordnete Mitwirkung dann nicht vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (vgl. BGE 2P.164/2004, Erw. 3.3). Eine solche Vorbefassung erweist sich als unzulässig und hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge (BGE a. a. O., Erw. 3.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht zwar ein lediglich objektiv begründeter Anschein einer Vorbefassung noch nicht zum Ausschluss aus, da sich ein Unternehmer einen Ausschluss so lange nicht gefallen lassen müsse, als das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen sei; die Beweislast hiefür obliege mangels gegenteiliger Regelung dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspreche (BGE a. a. O., Erw. 5.7.3). Nach Art. 5bis VöB ist in diesem Zusammenhang aber nicht entscheidend, ob die vorbefasste Unternehmung den Entscheid über den Zuschlag tatsächlich zu ihren Gunsten beeinflusste, sondern ob sie die Möglichkeit hatte, dies zu tun.

b) Vorliegend wurde den beiden Mitgliedern der Beschwerdegegnerin, d. h. der X. AG und der Y. AG, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens je der Zuschlag zur Fachplanung der verkehrstechnischen Belange für den Ersatz des Verkehrsleitsystems (VLS) im Umfange von Fr. 145 260.– bzw. Fr. 150 000.– erteilt. Beide Mitglieder der Beschwerdegegnerin waren bereits früher am fraglichen Objekt tätig: So war G. K., vorgesehener Projektleiter der Y. AG, beim bestehenden Leitsystem

aus den 80er-Jahren bereits als Projektleiter an der Planung, Realisierungsbegleitung und Inbetriebsetzung beteiligt. Darüber hinaus hat er die Anlage seit Inbetriebnahme bis heute betreut. Auch die X. AG kennt gemäss eigenen Angaben die fraglichen Projekte, welche sie teilweise bereits für den Kanton St.Gallen realisiert hat.

Dass die Mitglieder der Beschwerdegegnerin bereits vor dem streitigen Vergabeverfahren resp. vor dem Vorprojekt für die Bauherrschaft tätig waren und gar das zu ersetzende Verkehrsleitsystem planten, realisierten und über die gesamte bisherige Betriebsdauer betreuten, kann ihnen aufgrund des vorstehend Ausgeführten hinsichtlich der Frage der Zulassung zum Vergabeverfahren grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen, selbst wenn damit zwangsläufig ein gewisser Wissensvorsprung verknüpft ist.

Hingegen erweist sich die Mitwirkung bei der Ausarbeitung des Vorprojekts als problematisch. Die Arbeiten im Rahmen der Vorprojektierung umfassten den verkehrstechnischen Teil für das Verkehrsleitsystem und das Verkehrserfassungssystem, die Tunnelfernsehüberwachung (TV-Anlage, Ereignisdetektion und Bildspeicherung), die Sicherheitseinrichtungen in den Tunnelanlagen gemäss den Richtlinien des Bundesamtes für Strassen (Bankettbeleuchtung, Fluchtwegsignalisation, Hinweistafeln in SOS-Nischen, etc.) sowie die Anpassung und Ergänzung der Infrastruktur zu den genannten Systemen. Dabei wurden die Mitglieder der Beschwerdegegnerin nicht lediglich als Sachverständige zur Beurteilung einzelner Sachbereiche beigezogen. Sie prüften vielmehr in einem Vorprojekt den Ist-Zustand, beschrieben die neu notwendigen Funktionalitäten und erarbeiteten gestützt hierauf ein Bauprojekt, in welchem die vorgesehenen Sanierungs- und Ergänzungsarbeiten erläutert wurden und in dem die geplante Signalisation dargestellt wurde. Diese wurde ausserdem dem ASTRA zur Genehmigung eingereicht, und es wurde eine relativ detaillierte Gesamtkostenschätzung erstellt. Anlässlich dieser Vorprojektierung nahmen die Mitglieder der Beschwerdegegnerin mehrfach an Sitzungen mit Vertretern der Bauherrschaft und weiterer involvierter Planer sowie an Begehungen der fraglichen Örtlichkeiten teil.

Damit ging die Mitwirkung der an der Beschwerdegegnerin beteiligten Unternehmungen am Vorprojekt weit über eine lediglich untergeordnete Tätigkeit resp. punktuelle Unterstützung hinaus, bildet das Vorprojekt doch die wesentliche Grundlage der streitigen Vergabe. Durch die Ausarbeitung dieses Konzepts sowie durch die persönlichen Besprechungen mit Vertretern der Bauherrschaft und weiterer Projektmitarbeiter konnten sich die beteiligten Unternehmungen mit den Bedürfnissen der Bauherrschaft und den Problemstellungen bedeutend intensiver und viel früher auseinandersetzen als die anderen Anbieter. Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz das Vorprojekt den übrigen Anbietern zukommen liess und ihnen eine gemäss eigenem Dafürhalten grosszügige Frist von elf Wochen zur Offertstellung eingeräumt hat. Des weitern konnten die an der Beschwerdegegnerin Beteiligten bereits im Hinblick auf das ASTRA-Genehmigungsverfahren ver-

schiedene Lösungsmöglichkeiten mit der Vergabebehörde diskutieren und so eher einschätzen, worauf die Vergabebehörde besonderes Gewicht zu legen beabsichtigt. Von einem aus solcher Vorbefassung resultierenden Wissensvorsprung geht letztlich auch die Vorinstanz aus, wenn sie anführt, dass die Beschwerdegegnerin hauptsächlich nebst Referenzen, Struktur und Organisation hinsichtlich des Auftragsverständnisses überzeugt habe. Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdegegnerin als Verfasserin des Vorprojekts und Teilnehmerin an diversen Sitzungen und an der Begehung der Örtlichkeiten ein vertieftes Verständnis der Auftragslage hat. Umgekehrt weist auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Offerte darauf hin, dass sie bereits das Vorprojekt verfasst und dabei auf wichtige Punkte bei der Realisierung des Projektes hingewiesen habe; die im Rahmen der Offerteingabe eingebrachte Projektanalyse zeige deshalb die wichtigsten Aspekte für die bevorstehende Sanierung noch einmal kurz auf. Auch scheint das Kriterium, wonach im Vergabeverfahren Ingenieurgemeinschaften gesucht werden, die bereits gemeinsam bei ähnlichen Projekten zusammengearbeitet haben, insofern auf die Beschwerdegegnerin zugeschnitten zu sein, als das Vorprojekt im freihändigen Verfahren noch getrennt an beide Mitglieder der Beschwerdegegnerin vergeben wurde und letztere dann bei der Angabe entsprechender Referenzen in ihrer Offerte auf die Projektgemeinschaft beim Vorprojekt hinweist. Auffallend ist des weitern, dass die Bewertungen der Offerte der Beschwerdegegnerin von allen drei Prüfenden deckungsgleich sind, obwohl sie unabhängig voneinander vom Kantonsingenieur-Stellvertreter, vom Leiter Elektroplanung und vom Leiter Verkehrstechnik vorgenommen wurden. Nicht nur die Punktzahl stimmt überein, sondern sämtliche der einzelnen Kriterien wurden von allen drei Experten genau gleich gewichtet, was ungewöhnlich erscheint und bei keiner der übrigen Bewertungen der Fall ist. Sollten die Bewertungen der Beschwerdegegnerin unabhängig voneinander zum gleichen Resultat geführt haben, so würde dies ebenfalls die Folgerung bestärken, dass es der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer vorgängigen Mitwirkung gelungen ist, ihr Angebot in besonderem Masse auf die Wünsche und Erwartungen der Vergabebehörde auszurichten.

c) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass die an der Beschwerdegegnerin Beteiligten nicht lediglich Grundlagen, sondern ein umfassendes und teilweise sehr detailliertes Vorprojekt erstellt haben, im Rahmen dieser Projektarbeit mehrmals mit verschiedenen Vertretern der Bauherrschaft sowie weiterer involvierter Projektmitarbeiter über Mach- und Wünschbarkeit des Projekts diskutiert und hierzu die fraglichen Örtlichkeiten begangen haben, in ihrer Offertstellung auf die Vorprojektierung verwiesen und die Vorinstanz insbesondere das Auftragsverständnis der Beschwerdegegnerin als massgebliches Zuschlagskriterium würdigt, woraus sich ergibt, dass die an der Beschwerdegegnerin beteiligten Unternehmungen in einer Art und Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung mitwirkten, dass sie die Möglichkeit hatten, den Zuschlag zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Daraus folgt, dass die Beschwerdegegnerin nicht am Verfahren hätte teilnehmen dürfen.

**37**

*Art. 34 VöB (sGS 841.11).* Eine fehlerhafte bzw. nicht nachvollziehbare Gewichtung der Zuschlagskriterien führt zur Aufhebung des Zuschlags.

*Verwaltungsgericht, 5. Juli 2005*

Aus den Erwägungen:

2. a) Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Termin und Erfahrung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

Dem Auftraggeber wird mit Art. 34 Abs. 2 VöB ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt. Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ist einer Rechtskontrolle nur beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt wird, ist weitgehend eine Ermessensfrage, in die das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Es kann lediglich einschreiten, wenn einzelne Kriterien in unzulässiger Weise ausser acht gelassen bzw. fehlerhaft angewendet wurden.

b) In der Einladung zur Offertstellung wurden als Zuschlagskriterien Preis, Qualität, Termin, Erfahrung und Sicherung des Ausbildungsstandes genannt. Diese Zuschlagskriterien wurden in der Reihenfolge ihrer Aufzählung gewichtet, wobei Qualität und Termin je gleich mit 20 Prozent bewertet wurden.

Beim Preis erhielt die Beschwerdeführerin 2,25 Punkte, die Beschwerdegegnerin 1,8 Punkte. Diese Differenz ist aufgrund der unterschiedlichen Preisangebote von Fr. 194 532.– der Beschwerdeführerin und Fr. 223 119.– der Beschwerdegegnerin plausibel und nachvollziehbar.

Bei der Qualität erhielt die Beschwerdeführerin 0,8 Punkte, die Beschwerdegegnerin 1 Punkt. Weder in der angefochtenen Zuschlagsverfügung noch in den Protokollen des Gemeinderates und der Liegenschaftenkommission oder in der Beschwerdevernehmlassung sind Gründe aufgeführt, weshalb die Qualität des Angebotes der Beschwerdeführerin geringer einzustufen ist als jene des Angebotes der Beschwerdegegnerin. Die unterschiedliche Gewichtung ist daher nicht nachvollziehbar.

Beim Kriterium Termin wurden der Beschwerdegegnerin das Maximum von 1 Punkt, der Beschwerdeführerin lediglich 0,6 Punkte zugestanden. Auch diese unterschiedliche Bewertung ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht nachvollziehbar. Der Gemeinderat ging gemäss Protokoll vom 18. April 2005 davon aus, bei

der Beschwerdeführerin sei W. L. allein für die Planung und Bauleitung zuständig. Bei einem Ausfall von W. L. fehle die Stellvertretung, und die ordentliche Ausführung sei nicht mehr gewährleistet. Ob diese Überlegung bei der Gewichtung des Kriteriums Termin ausschlaggebend war, erscheint möglich, ist aber nicht konkret begründet. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Regelung der Stellvertretung bei den anderen Anbietern gewürdigt wurde. Zudem wurden in den Unterlagen im Rahmen der Einladung zur Offertstellung keine Fragen nach der Regelung der Stellvertretung gestellt; es wurde lediglich nach dem Mitarbeiterbestand bzw. der Belegschaftsstruktur und den für die Bearbeitung des Auftrages vorgesehenen Mitarbeitern gefragt.

Beim Offertvergleich findet sich ein Vermerk, dass die Angebote der am Beschwerdeverfahren Beteiligten sowie ein weiteres Angebot als gleichwertig beurteilt werden könnten. Weiter ist festgehalten, der Einfluss der Kosten sollte bei der Art des Projektes als vernachlässigbar, Qualität und Personal jedoch von Bedeutung sein. Inwiefern diese Überlegungen beim Antrag der Liegenschaftskommission bzw. beim Entscheid des Gemeinderates berücksichtigt wurden, kann offen bleiben. Jedenfalls würde eine Vernachlässigung der Kosten der in der Ausschreibung festgelegten Reihenfolge der Zuschlagskriterien widersprechen, war doch dort der Preis an erster Stelle und damit als wichtigstes Kriterium genannt.

Weiter ist dem Beschluss des Gemeinderates zu entnehmen, dass beim Entscheid über den Zuschlag auch die Zahl und die Art der in den letzten Jahren an die Anbieter erteilten Aufträge der Schulverwaltung in Betracht gezogen wurden. Ein solches Kriterium war in den Einladungsunterlagen nicht enthalten. Ansonsten darf das Kriterium der gleichmässigen Vergabe von Aufträgen nur dort in Betracht gezogen werden, wo die Angebote nach der Prüfung anhand der ausgeschriebenen Kriterien praktisch gleichwertig sind (GVP 2002 Nr. 35).

c) Zusammenfassend ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass die Bewertung der Angebote bei den Kriterien Qualität und Termin nicht nachvollziehbar ist. Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung auch keine Gründe vor, welche die unterschiedliche Bewertung plausibel und sachlich gerechtfertigt erscheinen lässt. Eine Differenz ist lediglich beim Preis hinreichend begründet. In diesem Punkt ist das Angebot der Beschwerdeführerin klar vorteilhafter als jenes der Beschwerdegegnerin. Daraus folgt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin zu Unrecht als wirtschaftlich günstigstes qualifiziert wurde. Somit ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben und die Angelegenheit ist gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung zurückzuweisen.



**38**

*Art. 34 Abs. 2 VöB (sGS 841.1, sGs 841.11).* Erfahrungen eines Anbieters aus früheren Arbeiten für die Auftraggeberin dürfen nur in Ausnahmefällen als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden und müssen sachlich begründet sein.

*Verwaltungsgericht, 22. März 2005*

Die Wasserversorgung B. vergab den Zuschlag für verschiedene Rohrlegearbeiten der ARGE X. Zur Begründung führte sie an, die in der ARGE X. zusammengeschlossenen Firmen könnten als einzige Anbieter eine grosse Erfahrung an ihrem Leitungsnetz nachweisen. Auf dieses Kriterium werde besonderes Gewicht gelegt. Eine bei der Vergabe nicht berücksichtigte Anbieterin erhob gegen den Zuschlag Beschwerde, die vom Verwaltungsgericht gutgeheissen wurde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Art. 34 Abs. 1 VöB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht identisch mit dem preisgünstigsten bzw. preislich tiefsten Angebot. Bei der Wirtschaftlichkeit können neben dem Preis weitere Kriterien berücksichtigt werden (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis auf VerwGE vom 28. Januar 1999 i. S. D. K. AG). Art. 34 Abs. 2 VöB beinhaltet eine (unvollständige) Aufzählung von Kriterien, darunter Preis, Qualität, Termin und Erfahrung. Gemäss Art. 34 Abs. 3 VöB sind die Kriterien und allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben.

b) In den Ausschreibungsunterlagen waren als Zuschlagskriterien «Preis», «Erfahrung», «Termine und Bauprogramm» sowie «Qualität» angeführt. Die Vorinstanz hat das Kriterium «Preis» mit 60 Prozent, das Kriterium «Termine und Bauprogramm» mit 8 Prozent und das Kriterium «Qualität» mit 7 Prozent gewichtet. Dem Kriterium «Erfahrung» kam ein Gewicht von insgesamt 25 Prozent zu. Aus dem Bewertungsschema, welches den Anbietern im Rahmen der Ausschreibung nicht bekannt gegeben wurde, geht sodann hervor, dass die Erfahrung anhand zweier Unterkriterien bewertet wurde. Die Erfahrung der Anbieter im Allgemeinen wurde mit 15 Prozent, die Erfahrung aus vorangegangenen Arbeiten für die Vorinstanz mit 10 Prozent gewichtet.

Das Verwaltungsgericht hat wiederholt festgehalten, dass die Submittentin ihre eigenen Erfahrungen mit einem Anbieter bzw. Objektkenntnisse des Anbieters als Zuschlagskriterien grundsätzlich in den Vergabeentscheid einfließen lassen dürfe. Eine Berücksichtigung dieser Aspekte ist aber nur unter besonderen Umständen zulässig (GVP 1999 Nr. 37 mit Hinweis auf VerwGE vom 28. Januar 1999 i. S. D. K. AG).

Aus Art. 34 Abs. 3 VöB ergibt sich, dass die Zuschlagskriterien vorgängig im Rahmen der Ausschreibung bekannt gegeben werden müssen. In den Ausschreibungsunterlagen wird nicht erwähnt, dass die Erfahrungen der Anbieter aus Arbeiten für die Auftraggeberin besonders gewichtet würden. Zwar macht die Vorinstanz geltend, die Ausschreibungsunterlagen hätten ausdrücklich vorgesehen, dass zur Beurteilung der Zuschlagskriterien das Formular «Angaben des Unternehmers» vollständig einzureichen sei. In diesem Formular hätten die Anbieter unter anderem angeben müssen, ob sie für die Wasserversorgung B. bereits Arbeiten ausgeführt hätten. Die Anbieter hätten daraus ableiten können, dass die Erfahrung aus diesen Arbeiten im Zuschlagsentscheid entsprechend berücksichtigt würde.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass detaillierte Vorkenntnisse der bestehenden Wasserversorgung nicht erforderlich seien. Die Frage, ob ein Anbieter bereits für die Vorinstanz gearbeitet habe, hätte doch nur bezwecken können, Referenzen nicht auswärts einholen zu müssen. Niemals hätte ein Anbieter aus dieser Frage ableiten müssen, dass die Ausführung früherer Arbeiten für die Vorinstanz ein entscheidendes Kriterium sei.

Im genannten Formular wird unter dem Titel «Referenzen» angeführt, dass der Unternehmer seine Erfahrung mit vergleichbaren Arbeiten nachzuweisen habe. In der Folge sind drei Rubriken angegeben, nämlich «Referenzen der Firma», «Arbeiten für die Wasserversorgung B.» sowie «Referenzen des eingesetzten Kaders».

Da die Anbieter bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien ausdrücklich auf das Formular «Angaben des Unternehmers» hingewiesen wurden und in diesem sowohl nach allgemeinen Referenzen als auch nach Referenzen aufgrund von Arbeiten für die Vorinstanz gefragt wurde, so musste ein Anbieter davon ausgehen, dass solche spezifischen Arbeiten für die Vorinstanz als Kriterium bei der Beurteilung der Erfahrung mitberücksichtigt würden. Dieser Umstand ist im vorliegenden Fall allerdings nicht ausschlaggebend, da eine Berücksichtigung früherer Arbeiten nicht zulässig ist (vgl. unten Erw. c).

c) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Berücksichtigung des Kriteriums Erfahrungen aus vorangegangenen Arbeiten für die Submittentin begründungsbedürftig. Ansonsten würden bei Folgearbeiten zwangsläufig immer die gleichen Unternehmer zum Zuge kommen, was mit den Anforderungen der Submissionsgesetzgebung nicht vereinbar ist. In diesem Sinn könnte etwa angeführt werden, dass aufgrund der Objektkennntnis preisliche Vorteile zu erwarten seien oder bei allfälligen Störungen nur ein Unternehmer beigezogen werden müsse (GVP 1999 Nr. 37).

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, weshalb den Erfahrungen der Anbieter aus früheren Arbeiten für die Wasserversorgung B. besonderes Gewicht beigegeben werden soll. Die Vorinstanz bringt im wesentlichen vor, die strittigen Rohrlegerarbeiten seien mit verschiedenen Erschwernissen verbunden. Es handle sich nicht einfach um einen Leitungsbau «auf der grünen Wiese». Während der Bauausführung seien laufend Kontakte zu verschiedenen Stellen notwendig, die für

den ordentlichen Betrieb der Wasserversorgung zuständig sind. Diese könnten von einem Anbieter, der bereits Arbeiten für die Wasserversorgung B. durchgeführt habe, offensichtlich rascher und zielgerichteter hergestellt werden.

Diese Argumente überzeugen nicht. Jeder Anbieter, der erstmals für eine Auftraggeberin tätig wird, muss sich zunächst mit den örtlichen Verhältnissen vertraut machen. Die Vorinstanz hat nicht dargelegt, dass die Verhältnisse bei ihren Anlagen besonders gelagert sind oder dass sich von den üblichen Fragestellungen des Leitungsbaus im Siedlungsgebiet abweichende Probleme stellen, die die vorbestehende Objektkennntnis zu einem ausschlaggebenden Kriterium machen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass eine erfahrene und fachkundige Anbieterin über die für die Ausführung der Arbeiten notwendigen Kenntnisse verfügt bzw. sich die spezifischen Objektkennntnisse vorgängig aneignet. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, wird das Projekt von einem ortskundigen Ingenieurbüro begleitet. Zudem sind die Ausschreibungsunterlagen und die Leistungsverzeichnisse so abzufassen, dass auch ein Anbieter ohne spezifische Vorkenntnisse, die er nur aus früheren Arbeiten erlangen konnte, zur Ausführung des Auftrags befähigt wird. Es obliegt der Auftraggeberin bzw. der Projektleitung, der ausführenden Unternehmung die für einen reibungslosen Betrieb erforderlichen Personen und Gremien zu bezeichnen, damit bei Bedarf die notwendigen Kontakte ohne Verzug aufgenommen werden können. Bei einem fachgerecht ausgearbeiteten Projekt und entsprechender Leitung stösst auch das Argument ins Leere, das neben- oder ehrenamtliche Personal der Vorinstanz werde übermässig beansprucht, wodurch unzumutbare Mehrbelastungen entstünden.

## 10. Fernmeldeverkehr

---

### 39

*Art. 25 Abs. 3, Art. 28 Abs. 3, Art. 31 Abs. 3 RTVG (SR 784.40); Art. 264 Abs. 2 ZPO (sGS 961.2).* Aufgrund des Kooperationsvertrages und der erteilten Konzession ist davon auszugehen, dass die SRG SSR grundsätzlich auch für Sendungen, welche die PTV AG auf dem Kanal SF 2 ausstrahlt, Verantwortung trägt.

*Handelsgerichtspräsident, 4. Januar 2005*

In einem von einer Bank gegen die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, DRS, Bern, bzw. die Zweigniederlassung Schweizer Fernsehen DRS (SF

DRS), Zürich, eingeleiteten Massnahmeverfahren betreffend Persönlichkeitsverletzung und unlauteren Wettbewerb verbot der Handelsgerichtspräsident mit einer dringlichen Verfügung, bestimmte Aussagen über die Bank in der Sendung CASH-TV auszustrahlen. Diesem Verbot, welches nur gegenüber der SRG, nicht aber gegenüber der PresseTV AG, welche die Sendung produziert, verfügt wurde, wurde Folge geleistet. Die Gesuchsgegnerin erhob in der Folge den Einwand der fehlenden Passivlegitimation, da weder die SRG noch die selbständige Zweigniederlassung SF DRS eine inhaltliche Verantwortung für diese Sendung tragen würden, welche im sogenannten Channel-Sharing gesendet werde.

Aus den Erwägungen:

b) Unter der Website [www.ringiervt.ch](http://www.ringiervt.ch) wird auf RingierTV bzw. PresseTV (PTV) hingewiesen und festgehalten, dass die PresseTV AG eine eigene Sendekonzession auf dem zweiten Kanal (SF 2) der SRG SSR idée suisse besitze, wobei die Zusammenarbeit mit der SRG in einem bis Ende 2008 dauernden Kooperationsvertrag geregelt werde. Hingewiesen wird insbesondere auf die Sendung CASH-TV. Auf dem zweiten Fernsehkanal der SRG wird das Logo von SF 2 oder, sofern z. B. die Sendung CASH-TV eingeblendet wird, dasjenige der PTV AG, teilweise auch die Logos SF 2 und PTV AG gleichzeitig zusammen, ausgestrahlt. Damit wird der aussenstehende Dritte darauf hingewiesen, dass es sich insbesondere bei der Sendung CASH-TV, die in Bezug auf das Logo auf die Zeitschrift «CASH» Bezug nimmt, nicht um eine Sendung der SRG SF 2, sondern um eine solche der PresseTV AG handelt.

Der Kooperationsvertrag zwischen der SRG SSR idée suisse und der PresseTV AG vom 31. Juli 2002 ist unbestrittenermassen nicht öffentlich und wurde von der SRG bzw. von SF DRS als Gesuchsgegnerin unvollständig eingereicht. Gemäss Ziff. 1.2 des Kooperationsvertrages ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages das Bestehen einer Konzession der SRG SSR nach Art. 26 und der PTV AG nach Art. 31 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG), welche beide die gesetzlich notwendige «Ermächtigung» zur Zusammenarbeit auf einem Fernsehkanal in der deutschen Schweiz enthalten (Art. 31 Abs. 3, Art. 28 Abs. 3 i.V. m. Art. 25 Abs. 3 RTVG). Danach kann der Bundesrat sprachregionalen Veranstaltern eine Konzession für die Veranstaltung von Fernsehprogrammen in Zusammenarbeit mit der SRG erteilen, wobei die Zusammenarbeit in Verträgen geregelt wird, die der Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen (Art. 25 Abs. 3 RTVG). Aufgrund dieser Bestimmungen und der allgemeinen Ziele des Vertrags zwischen der SRG SSR und der PTV AG steht fest, dass zwischen diesen bei der Ausstrahlung von Sendungen auf dem Fernsehkanal SF 2 eine Zusammenarbeit besteht. Damit ist davon auszugehen, dass grundsätzlich sowohl die SRG SSR wie auch die PTV AG Verantwortung für die auf dem Kanal SF 2 ausgestrahlten Sendungen der PTV AG tragen. Dies führt im vorliegenden Summarverfahren zu einer teilweisen Kostenaufgabe an die SRG SSR.

In Bezug auf «Drittansprüche und Gewährleistung» vereinbarten die SRG SSR und die PTV AG in Ziff. 10 des Kooperationsvertrages, dass die PTV AG die gesamte zivil- und öffentlich-rechtliche Haftung für die Ausstrahlung der einzelnen Sendungen insbesondere für Klagen aus Persönlichkeitsschutz und unlauterem Wettbewerb trägt. Aufgrund dieser Bestimmung haftet die PTV AG in jedem Fall im Innenverhältnis für die von ihr auf dem zweiten Kanal ausgestrahlten Sendungen. Hingegen kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass diese, der Öffentlichkeit nicht bekannte Bestimmung im Verhältnis zu Dritten Wirkung entfaltet. Sofern die Gesuchsgegnerin im Aussenverhältnis rechtlich belangt würde, wäre sie gestützt auf Ziff. 10 des Kooperationsvertrages für Sendungen der PTV AG entsprechend regressberechtigt.

## 11. Gebäudeversicherung

---

### 40

*Art. 9 Abs. 1 GVG (sGS 873.1); Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 GVV (sGS 873.11).* Ein Container-Anbau ist kein Gebäude im Sinn des st.gallischen Gebäudeversicherungsrechts.

*Verwaltungsgericht, 25. Oktober 2005*

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist, ob der durch Brand beschädigte Anbau am Gemeindehaus versichert ist. Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz besteht dieser aus drei Conecta-Raumsystem-Elementen. Diese sind auf Fundamenten montiert, mit dem Hauptgebäude auf drei Etagen fest verbunden und mit Türen von und zum Hauptgebäude sowie mit Anschluss an dessen Infrastruktur ausgestattet. ...

a) Gemäss Art. 9 Abs. 1 GVG müssen die Gebäude auf dem Gebiet des Kantons St.Gallen bei der Anstalt versichert sein.

Was die einzelne Gebäudeversicherungsanstalt als Gebäude betrachtet, bestimmen die kantonalen Gesetze und Verordnungen (vgl. Hauswirth/Suter, Sachversicherung, 2. Aufl., Bern 1990, S. 65). Ein Gebäude ist nach Art. 10 Abs. 1 GVV jede auf Dauer angelegte nichtbewegliche Baute, die gedeckten und begehbaren Raum beinhaltet. Ausgenommen sind Strassen- und Bahnunterführungen, Tunnels, Stollen und ähnliche Bauten, gedeckte Holzbrücken und Foliengewächshäuser, jedoch nicht gebäudeähnliche Einbauten in solche Anlagen.

Art. 10 Abs. 1 GVV führt nicht näher aus, was unter «auf Dauer angelegt» und «nichtbewegliche Baute» zu verstehen ist. Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Umschreibung des Tatbestands unbestimmt ist. Die Norm bedient sich Worten, die – aus sich heraus – keinen genügenden Aufschluss darüber geben, ob ein bestimmter Sachverhalt noch unter den Normtatbestand fällt oder nicht. Die nähere Bestimmung eines unbestimmten Rechtssatzes wird als Rechtsfrage angesehen. Das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht ist somit befugt, die Konkretisierung durch die Vorinstanz frei zu überprüfen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen, 2003, Rz. 724 mit Hinweisen). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts darf einer vertretbaren Auslegung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltung bzw. die Vorinstanz die Anerkennung indessen nicht versagt werden (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 725 mit Hinweisen).

b) Nach den Erwägungen zum angefochtenen Entscheid beurteilt sich die Frage, ob eine Baute beweglich ist bzw. ob eine Fahrnisbaute im Sinn des st.gallischen Gebäudeversicherungsrechts vorliegt, danach, ob sie ohne Absicht bleibender Verbindung bzw. nicht als Dauereinrichtung erstellt worden ist (vgl. dazu Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 66 und A. Kleiner, Das Recht der öffentlichen Gebäudeversicherungen, Separatdruck aus: «Mitteilungen» Jahrgänge 1978/79 des Interkantonalen Rückversicherungsverbandes Bern und der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen, S. 8). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich dies auch danach beurteilen, wie die Baute baupolizeilich behandelt worden ist. Es war der Vorinstanz unbenommen, die Baubewilligung als Entscheidungshilfe heranzuziehen. Die Baubewilligung ist für einen provisorischen Anbau in Form von drei Bürocontainern erteilt worden. Dementsprechend ist sie bis zum 31. August 2006 befristet, und für den Fall, dass die Container länger bestehen bleiben sollten, muss ein Gesuch um Verlängerung eingereicht werden. Sodann steht fest, dass der Anbau der Container ein Provisorium ist und deshalb nicht als dauerhafte Baute angesehen werden kann, weshalb kein Energienachweis eingefordert werden musste. Auch hat das Grundbuchamt darauf verzichtet, den Anbau der GVA zur Bauzeitversicherung anzumelden (vgl. Art. 21 GVV). Der Vorinstanz kann somit nicht vorgeworfen werden, sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, beim Container-Anbau handle es sich um eine vorübergehende Lösung und nicht um eine auf Dauer angelegte Einrichtung, zumal auch der Charakter des Anbaus dafür spricht. Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin ist von Bedeutung, ob eine Baute in konventioneller Bauweise errichtet und dauernd mit dem Boden verbunden ist oder ob sie aus mobilen Elementen besteht, die auf Fundamenten befestigt werden bzw. ob es sich um eine Fahrnisbaute handelt (vgl. dazu Art. 677 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, S. 849 f.). Abgesehen davon, dass nicht feststeht, ob die Raumsystem-Elemente ins Eigentum der Beschwerdeführerin übergegangen sind

(zum Versicherungsschutz bei Dritteigentum vgl. Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 70), sind derartige Container insofern «bewegliche Bauten», als sie für eine befristete Zeit an einem bestimmten Ort aufgestellt werden können. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Gültigkeitsdauer der Baubewilligung auf Gesuch hin über den 31. August 2006 hinaus verlängert werden kann. Von einer unbefristeten Bewilligung kann keine Rede sein. Ansonsten hätte auch ein Energienachweis erbracht werden müssen. Es besteht somit kein Anlass, den Begriff «auf Dauer angelegt» extensiv zu interpretieren bzw. auch Provisorien zu versichern, um der Gefahr von Versicherungslücken entgegenzuwirken. Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz den Container-Anbau am Gemeindehaus gestützt auf Art. 10 Abs. 1 GVV zu Recht als nicht versichert bezeichnet hat.

3. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Container-Anbau sei mit dem Gemeindehaus baulich derart eng verbunden, dass er als Teil des Hauptgebäudes versichert sei.

Art. 11 Abs. 1 GVV bestimmt abschliessend, welche Gebäudeteile mit dem Gebäude versichert sind: Einrichtungen, die ihrer Art nach Teil des Gebäudes sind oder zu seiner Grundausstattung gehören (lit. a); andere Einrichtungen baulicher Art, die eine dem Gebäude ähnliche Dauerhaftigkeit aufweisen und so im Gebäude eingebaut, eingemauert oder untermauert sind, dass sie ohne erhebliche Werteinbusse oder ohne wesentliche Gebäudebeschädigung nicht entfernt werden können. Die blosse Befestigung gilt nicht als Einbau.

Mit der Baute werden somit bestimmte Einrichtungen baulicher Art innerhalb der bestehenden Kubatur versichert, nicht aber provisorische Anbauten. Beim Container-Anbau handelt es sich somit nicht um einen mitversicherten Gebäudeteil gemäss Art. 11 Abs. 1 GVV.

## 41

*Art. 31 Ziff. 3, Art. 43 und 44 GVG (sGS 873.1).* Ob ein Sturmschaden vorliegt, beurteilt sich in erster Linie nach dem Schadenbild. Auch isoliert auftretende Windböen können einen Versicherungsfall auslösen. Folgen der Missachtung des Veränderungsverbots.

*Verwaltungsgericht, 25. Januar 2005*

Am 8. Februar 2004 wurde das Gemeindehaus S. beschädigt. Wind riss Teile des Kupferdachs weg, worauf Wasser in eine Wohnung eindrang. Der Schaden wurde von der Gebäudeversicherungsanstalt (abgekürzt GVA) auf Fr. 25 000.– geschätzt. In der Folge lehnte die GVA eine Schadenübernahme ab, da der Schaden nicht auf

«Sturmwind» im Sinn eines versicherungsrelevanten Ereignisses zurückzuführen sei. Die Politische Gemeinde S. erhob Rekurs bei der Verwaltungskommission der GVA und beantragte, der geschätzte Schaden sei vollumfänglich zu decken. Die Verwaltungskommission der GVA wies den Rekurs ab. Auch eine Beschwerde der Gemeinde S. an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die GVA erbringt gemäss Art. 31 Ziff. 3 GVG u. a. Versicherungsleistungen, wenn Gebäudeschäden durch «Sturmwind» entstanden sind; ausgenommen sind Schäden, die im wesentlichen auf andere Ursachen zurückgehen. Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht nach Art. 45 GVV, wenn ein versichertes Ereignis vorliegt, ein Gebäudeschaden entstanden ist, der unmittelbar auf das versicherte Ereignis zurückgeführt werden kann und die Ereigniseinwirkung nicht bestimmungsgemäss war. Eine Ereigniseinwirkung ist nach Art. 48 GVV bestimmungsgemäss, wenn sie zufolge ordentlicher Abnützung oder ordentlicher Erfüllung des Zweckes des Gebäudes oder Gebäudeteils eintritt. Geht der Gebäudeschaden überwiegend auf das versicherte Ereignis zurück, wird er ihm gemäss Art. 47 Abs. 1 GVV sodann voll zugerechnet. Geht der Gebäudeschaden ganz oder überwiegend auf andere Ereignisse zurück, wird er nicht entschädigt. Nicht vergütet werden insbesondere Schäden, die auf fortgesetztes Einwirken zurückgehen oder die nicht auf eine plötzliche, aussergewöhnlich heftige Einwirkung zurückzuführen sind, wie unter anderem Schäden zufolge fehlerhafter Konstruktion oder verwaorlostem Zustand (Art. 47 Abs. 2 GVV). Geht der Gebäudeschaden weder überwiegend auf das versicherte Ereignis noch überwiegend auf andere Ereignisse zurück, wird er dem versicherten Ereignis anteilmässig zugerechnet (Art. 47 Abs. 3 GVV). Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolgs zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs somit durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (vgl. GVP 2003 Nr. 42 mit Hinweis auf VerwGE vom 22. Januar 2002 i. S. W. K.).

b) Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB hat derjenige, der ein Recht behauptet, die Sachumstände zu beweisen, die nach dem massgebenden Rechtssatz diese Rechtsfolge erzeugen. Auch im Privatversicherungsrecht gilt der Grundsatz, wonach Personen, die gegenüber einem Versicherer einen Versicherungsanspruch erheben, im Sinn von Art. 8 ZGB bezüglich der Frage, ob ein Versicherungsfall eingetreten ist, grundsätzlich behauptungs- und beweispflichtig sind. Behauptet der Versicherer indessen eine die Leistungspflicht ausschliessende oder herabsetzende Tatsache, ist es an ihm, diese zu beweisen (vgl. GVP 2003 Nr. 42 mit Hinweis auf A. Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 381 und RB/ZH 1983, S. 171 mit Hinweisen). Diese Beweislastverteilung gilt auch im öffentlichen Gebäudeversicherungsrecht, namentlich bei der Anwendung von Art. 31 Ziff. 3 GVG (vgl. GVP 2003 Nr. 42).



3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, Ursache des Schadens am Kupferdach beim Dachausbau des Gemeindehauses und des damit zusammenhängenden Schadens in der darunter liegenden Wohnung sei ein heftiger Windstoss und damit ein «Sturmwind» im Sinn des Gesetzes. Verweise der Vorinstanz auf Durchschnittswerte, mittlere Windgeschwindigkeiten und Messwerte der Messstation Glarus seien nicht stichhaltig. Sodann gehe es nicht an, die Übernahme eines Schadens davon abhängig zu machen, dass das Ereignis Kollektivschäden verursacht habe. Demzufolge habe die GVA den Schaden zu übernehmen.

a) Art. 31 Ziff. 3 GVG führt nicht näher aus, was unter «Sturmwind» zu verstehen ist. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die Umschreibung des Tatbestands unbestimmt ist. Die Norm bedient sich Worten, die – aus sich heraus – keinen genügenden Aufschluss darüber geben, ob ein bestimmter Sachverhalt noch unter den Normtatbestand fällt oder nicht. Die nähere Bestimmung eines unbestimmten Rechtssatzes wird als Rechtsfrage angesehen. Das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht ist somit befugt, die Konkretisierung durch die Vorinstanz frei zu überprüfen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 724 mit Hinweisen). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts darf einer vertretbaren Auslegung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltung bzw. die Vorinstanz die Anerkennung indessen nicht versagt werden (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 725 mit Hinweisen).

b) Nach der Praxis der Vorinstanz gilt ein Wind als «Sturmwind» im Sinn von Art. 31 Ziff. 3 GVG, wenn er eine Geschwindigkeit von wenigstens 75 km/h aufweist und Gebäude abdeckt oder Bäume umwirft, so dass Kollektivschäden entstehen, d. h. gleichzeitig mehrere Gebäude in der Umgebung der versicherten Sache vom selben Sturmereignis betroffen sind (vgl. dazu A. Kleiner, Das Recht der öffentlichen Gebäudeversicherungen, Separatdruck aus: «Mitteilungen» Jahrgänge 1978/79 des Interkantonalen Rückversicherungsverbandes Bern [abgekürzt IRV] und der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen, S. 64 f. sowie Hauswirth/Suter, Sachversicherung, 2. Aufl., Bern 1990, S. 162, PVG 1975 Nr. 77 und Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Jahrgang 1974/75, S. 213). Wer Entschädigung beansprucht, muss nachweisen, dass am Versicherungsort oder in der Umgebung durch den Sturm Bäume gefällt oder Dächer abgedeckt worden sind. Der Grund liegt darin, dass oft ein fehlerhaft konstruiertes Gebäude Angriffsziel des Windes ist. Erleidet dieses Schäden oder fällt es gar in sich zusammen, so ist die mangelhafte Konstruktion der Grund hierfür und nicht der Sturm (vgl. Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 162).

Die Windstärke wird im öffentlichen Gebäudeversicherungsrecht anhand der Beaufort-Skala gemessen (vgl. dazu Kleiner, a. a. O., S. 65 und Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 162) und bezieht sich nach der Praxis der Vorinstanz auf eine Mittelungszeit von 10 Minuten. Auch der IRV betrachtet «Sturm» nur dann als versichertes Elementarereignis, wenn eine atmosphärisch bedingte Luftbewegung von mindes-

tens 75 km/h im 10-Minuten-Mittel in der Umgebung der versicherten Sachen Bäume umwirft oder Gebäude abdeckt (vgl. IRV Referenzprodukt Elementar, Ausgabe Januar 2005).

c) Stürme müssen mit elementarer Naturgewalt plötzlich und unwiderstehlich hereinbrechen, so dass Kollektivschäden entstehen, d. h. gleichzeitig mehrere Gebäude vom selben Sturmereignis, allenfalls an verschiedenen Orten, betroffen werden (vgl. Kleiner, a. a. O., S. 65). Was die von der Vorinstanz vorausgesetzte Windgeschwindigkeit anbelangt, ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass ein Schadenbild dieser Art auch dann auftreten kann, wenn die atmosphärisch bedingte Luftbewegung im 10-Minuten-Mittel nicht 75 km/h oder mehr aufweist. Hinzu kommt, dass die Meteo Schweiz mit ihrem Messnetz nicht in der Lage ist, für jeden Ort in der Schweiz die genaue Windgeschwindigkeit anzugeben. Unbestritten ist weiter, dass Windgeschwindigkeiten örtlich verschieden sein können. Windmessungen können demzufolge nur im Sinn eines Indizes Aufschluss darüber geben, welche Windstärke an einem bestimmten (anderen) Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt geherrscht hat. Weil ein direkter Beweis nicht möglich ist, kann er indirekt erbracht werden, d. h. durch den Beweis von Sachumständen, die den Schluss auf andere rechtswesentliche Tatsachen zulassen (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 621; Merkli/Äschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Rz. 5 zu Art. 19 mit Hinweisen). Im Fall eines behaupteten Sturmschadens ist ein derartiger Sachumstand in erster Linie das Schadenbild, das sich in der Umgebung präsentiert. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin muss der «Sturmwind» dementsprechend grundsätzlich Kollektivschäden zur Folge haben, d. h. gleichzeitig müssen mehrere Gebäude vom selben Sturmereignis, allenfalls an verschiedenen Orten, betroffen werden (vgl. Kleiner, a. a. O., S. 65). Sodann kann das Vorliegen von Kollektivschäden bzw. von Schäden an ordnungsgemäss erstellten und unterhaltenen Gebäuden oder an gesunden Bäumen die Vermutung zulassen, die geforderte Windstärke sei erreicht worden und müsse deshalb nicht erhoben werden (vgl. dazu Kleiner, a. a. O., S. 66). Allerdings kann ein Sturm ausnahmsweise eng begrenzt auftreten und nur ein Gebäude treffen, z. B. als Böe eine Hütte in einer Waldlichtung. Dies ist allerdings jeweils im konkreten Fall zu prüfen (vgl. Kleiner, a. a. O., S. 65).

Die Vorinstanz stellt bei der Beurteilung der Frage, ob ein versichertes Ereignis in Form eines «Sturmwindes» vorliegt, denn auch in erster Linie auf das Schadenbild ab und schliesst nicht aus, dass ein «Sturmwind» im versicherungstechnischen Sinn ausnahmsweise eng begrenzt auftreten und nur ein Gebäude treffen kann, dass somit eine oder mehrere Böenspitzen nur ein versichertes Objekt beschädigen. Sie hält indessen zu Recht dafür, dies erfordere eine eingehende Abklärung der Schadenursache, zumal bei Einzelschäden meist sturmferme Faktoren, insbesondere fehlerhafte Konstruktion oder mangelhafter Unterhalt des Gebäudes, für den Schaden mitverantwortlich sind (vgl. Art. 31 Ziff. 3 GVG und Art. 47 Abs. 1 GVV; vgl. auch Kleiner, a. a. O., S. 65 f.). Der Vorwurf der Beschwerdeführe-

rin, die Auslegung des Begriffs «Sturmwind» wie sie die Vorinstanz vornehme, sei sachlich nicht haltbar, erweist sich somit als unbegründet.

d) Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, am 8. Februar 2004 seien in der näheren Umgebung des beschädigten Gemeindehauses Kollektivschäden entstanden bzw. es seien gleichzeitig mehrere Gebäude vom selben Ereignis betroffen worden. Sodann weisen die Daten der Messstation Glarus vom 8. Februar 2004 einzig um die Mittagszeit zwei Böenspitzen mit einer Geschwindigkeit von etwas mehr als 75 km/h auf. Nach Angaben der Beschwerdeführerin ist der Schaden am Gemeindehaus indessen gegen Abend entstanden, als die Windgeschwindigkeit diese Intensität nicht mehr erreichte. Somit durfte die Vorinstanz grundsätzlich davon ausgehen, der Schaden am Gemeindehaus sei nicht auf ein versichertes Ereignis in Form eines «Sturmwind» zurückzuführen. Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vor, sie habe die Beweisaufnahme verunmöglicht, weil sie ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und gegen das Veränderungsverbot verstossen habe. Sodann sei die Aussage des Schadenexperten unbestritten geblieben, wonach die Isolation durchnässt und die Balkenlage nass und faul gewesen sei. Auch aus diesem Grund muss nach Ansicht der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass der Einzelschaden am Gemeindehaus überwiegend auf sturmfremde Faktoren und nicht auf einen versicherungsrelevanten «Sturmwind» zurückzuführen ist.

aa) Nach Art. 43 GVG hat der Versicherte nach Eintritt des Schadenereignisses alle zumutbaren Massnahmen zur Minderung des Schadens zu ergreifen und Weisungen der Verwaltung zu befolgen. Art. 44 GVG schreibt vor, dass an beschädigten Liegenschaften keine Veränderungen vorgenommen werden dürfen, durch welche die Abklärung der Schadenursache oder die Schätzung des Schadens verunmöglicht oder erschwert wird. Vorbehalten bleiben besondere Anordnungen sowie Abbruch- und Aufräumungsarbeiten, die zur Feststellung des Schadens notwendig sind.

bb) Unwidersprochen geblieben ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Isolation des Dachausbaus gemäss Aussage des Schadenexperten durchnässt und die Balkenlage nass und faul gewesen ist. Somit hatte die Vorinstanz Grund zur Annahme, der Schaden sei überwiegend auf Umstände zurückzuführen, die keinem versicherten Ereignis zuzurechnen seien, weil ein konstruktiv einwandfreier Dachaufbau durch eine Windböe nicht einfach zerfetzt worden wäre. Die Beschwerdeführerin wendet indessen ein, es treffe nicht zu, dass sie gegen das Veränderungsverbot nach Art. 44 GVG verstossen habe. Weil Wasser in die im Dachgeschoss des Gemeindehauses gelegene Mietwohnung geflossen sei, sei sie auf Grund von Art. 43 GVG gehalten gewesen, den Wassereintrich umgehend zu unterbinden. Um schlimmere Schäden zu verhindern, habe sie demzufolge den Dachdecker beauftragt, die lecken Stellen sofort abzudecken. Dieser habe die durch den Sturm völlig verbogenen Blechteile, die beim Gemeindehaus unverändert aufbewahrt würden, vom Dach entfernen müssen. Abgesehen davon, dass der Schadenexperte

über die Anordnung der Reparaturarbeiten informiert gewesen sei, wäre die Installation einer Notabdeckung vorab aus Kostengründen unverhältnismässig gewesen.

cc) Zutreffend ist, dass der Versicherte mit dem Eintritt des Schadenereignisses als erstes verpflichtet wird, Massnahmen zur Schadenminderung zu ergreifen. Dadurch soll vermieden werden, dass ein Schaden, den jemand von einem Versicherer tragen lassen kann, unnötig vergrössert wird. Dabei hat der Versicherungsnehmer die Weisungen des Versicherers zu beachten. Er hat sie auch dann zu befolgen, wenn er sie für unzweckmässig hält (vgl. dazu Kleiner, a. a. O., S. 96 und Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 127 f.). Unter Vorbehalt der Pflicht zur Schadenminderung ist der Versicherungsnehmer sodann gehalten, Lage und Beschaffenheit der vom Ereignis betroffenen Sachen in dem Zustand zu belassen, in den sie durch den Schadenfall versetzt worden sind, damit der Versicherer einen Augenschein nehmen kann. Das Veränderungsverbot soll verhindern, dass der Versicherungsnehmer durch eine Verfälschung des angerichteten Zustandes die Ermittlungen über den Sachverhalt erschweren oder verunmöglichen oder sogar unberechtigte Ansprüche geltend machen kann (vgl. Hauswirth/Suter, a. a. O., S. 128 f.).

dd) Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin bestand im vorliegenden Fall keine Veranlassung, das beschädigte Blechdach zu entfernen und das Dach umgehend, vor der Abklärung der Schadenursache, in Stand stellen zu lassen. Dies gilt umso mehr, als der Schadenexperte nach ihren eigenen Angaben am 9. Februar 2004 erklärt hatte, er werde auf dem Dach einen Augenschein vornehmen, sobald das Gerüst stehe. Am 10. Februar 2004, als er den Schaden vor Ort aufnahm, war das Blechdach aber bereits demontiert, weshalb die genaue Ursache des Schadens nicht mehr geklärt werden konnte. Weil es in der näheren Umgebung des Gemeindehauses zu keinen vergleichbaren Gebäudeschäden gekommen ist, wäre dies indessen zur Klärung der Frage, ob ein Versicherungsfall vorliegt, unabdingbar gewesen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin keine Ausführungen macht, warum es ihr aus sachlichen Gründen nicht möglich gewesen sein sollte, am beschädigten Dach vorerst eine Notabdeckung anzubringen. Sie macht lediglich geltend, sie habe aus Kostengründen darauf verzichtet. An dieser Beurteilung vermag sodann nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin zu Recht davon ausgeht, sie sei verpflichtet gewesen, den Wassereintrich zu unterbinden. Es besteht indessen kein Grund zur Annahme, dies wäre mit einer Notabdeckung nicht möglich gewesen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Die Beschwerdeführerin vermag den Nachweis nicht zu erbringen, dass «Sturmwind» im Sinn des Gesetzes am Gemeindehaus Schäden verursacht hat.

**42**

*Art. 51 Abs. 3 GVG (sGS 873, 1); Art. 51 OR (SR 220).* Regress der Gebäudeversicherung, Regressprivileg bei häuslicher Gemeinschaft und leichter Fahrlässigkeit.

*Kassationsgericht, 27. April 2005*

X., damals 79-jährig, setzte in der Küche ihrer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus auf einer eingeschalteten Herdplatte in einer Kasserolle Teewasser auf. Während dieses Vorgangs verliess sie die Wohnung, um die Post vom Briefträger abzuholen. Dieser hatte Verspätung. Beim Warten verwickelte sie sich in ein Gespräch mit dem Hausabwart und vergass die eingeschaltete Herdplatte. Es kam zum Schmelzen des Aluminiumbodens der Kasserolle, und die neben der Herdplatte stehen gelassene Kaffeemaschine aus Plastik fing Feuer. Dieses breitete sich in der Küche aus und führte zu einem grossen Schaden.

Art. 51 Abs. 3 GVG verneint das Rückgriffsrecht der Gebäudeversicherungsanstalt gegen Personen, die mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft leben oder für deren Handlungen er einstehen muss, wenn diese den Schaden nur leichtfahrlässig herbeigeführt haben. Der kantonale Gesetzgeber hat damit fast wörtlich Art. 72 Abs. 3 VVG übernommen. Der Grund hiefür dürfte darin liegen, dass der kantonale Gesetzgeber das Bedürfnis hatte, im kantonalen Bereich über eine gleich lautende Regelung zu verfügen, nachdem gemäss Art. 103 Abs. 2 VVG das Versicherungsvertragsgesetz bei kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten keine Anwendung findet. Unzweifelhaft handelt es sich bei Art. 51 GVG um eine kantonale Gesetzesbestimmung, die nicht von Art. 50 f. OR derogiert wird. Art. 51 OR hat nur insoweit Vorrang vor kantonalen Gesetzgebungen, als es den Kantonen verwehrt ist, das Rückgriffsrecht einer kantonalen Versicherungsanstalt gegen den Schädiger weiter auszudehnen, als dies durch Art. 51 OR vorgesehen ist (Basler Kommentar, OR I., 3. Aufl., Schnyder, N 4 zu Art. 51 OR mit Hinweisen auf BGE 103 II 337 und 115 II 26). Hingegen ist kein Grund ersichtlich, den kantonalen Gesetzgebungen zu verbieten, das Rückgriffsrecht ihrer Gebäudeversicherungsanstalten gegenüber der bundesrechtlichen Regelung einzuschränken. Art. 51 Abs. 3 GVG als kantonale Gesetzesbestimmung bleibt daher anwendbar, wird doch damit die Stellung des Schädigers gegenüber der Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen nicht verschlechtert, sondern vielmehr privilegiert.

Der Zweck des Regressprivilegs (Art. 51 Abs. 3 GVG) liegt primär im Schutz der wirtschaftlichen Einheit, wie sie unter diesen nahe stehenden Personen (gemeint sind Familienangehörige und Hausgenossen) typischerweise besteht. Der Versicherer als aussenstehender Dritter soll nicht auf einen Schädiger zurückgreifen können, der vom Geschädigten selbst aus persönlicher Rücksichtnahme nicht belangt würde und dessen Inanspruchnahme in Folge finanzieller Verflechtungen

wieder auf den Geschädigten selbst zurückfallen würde (ZR 103, 2004, Nr. 65, S. 259 unter Hinweis auf Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, § 11 N 54).

Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist klar, wie die Vorinstanz unter Hinweis auf den Kommentar von Roelli/Jaeger zur gleich lautenden Bestimmung von Art. 72 VVG dargelegt hat. Mit den Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Geschädigten leben, sind die Hausgenossen im Sinne von Art. 331 ZGB gemeint, also Personen, «die als Verwandte und Verschwägte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmer oder in ähnlicher Stellung im gemeinsamen Haushalt leben» (Art. 331 Abs. 2 ZGB). Ein völliges Ausserachtlassen des Erfordernisses der häuslichen Gemeinschaft ist nicht statthaft, auch wenn dies nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen mag, wie namhafte Kommentatoren (z. B. Oftinger/Stark, § 11 N 57) darlegen.

Wie dargelegt, handelt es sich beim Rechtsbegriff der leichten Fahrlässigkeit nach Art. 51 Abs. 3 GVG um einen Begriff des kantonalen Rechts, wobei die gleichen Kriterien bei der Anwendung auf den konkreten Fall massgebend sind, die bei Annahme von Bundesrecht gelten würden. Bei Anwendung kantonaler Gesetzesbestimmungen steht dem Kassationsgericht die volle Überprüfungsbefugnis zu (GVP 2003 Nr. 54). Vorliegend handelt es sich beim Verschulden nicht um eine nur leichte Fahrlässigkeit im Sinn des obligationenrechtlichen Schadenersatzrechts (nur leichtes Verschulden). Jedermann weiss um die Gefahren bei der Inbetriebnahme einer Herdplatte. Mit dem bewussten Verlassen der Wohnung bei eingeschalteter Herdplatte (ohne dass noch jemand in der Wohnung zurückbleibt, der von der eingeschalteten Platte weiss) wird grundsätzlich eine Gefahr geschaffen. Im Nichtbedenken der Tatsache, dass man ausserhalb des Raumes, wo die Herdplatte in Betrieb ist, aufgehalten werden kann, und die eingeschaltete Platte deshalb einen Schaden anrichten kann, zumal wenn keine wirksame Erinnerungssicherung (z. B. mit Küchenwecker- oder Uhrweckersignal etc.) vorgenommen wird, liegt fraglos eine nicht bloss leichte Verletzung von Sorgfaltspflichten. Dies auch wenn, entgegen der Auffassung der Beschwerdebeklagten, im Rahmen des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs dem vorgerückten Alter der Schädigerin hier Rechnung zu tragen ist (Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. Zürich 2003, N 847). Das zu beurteilende Verhalten ist aber nicht geradezu grob fahrlässig (schweres Verschulden im haftpflichtrechtlichen Sinn). Während bei einem offenen Feuer oder einer brennenden Kerze ein gleichsam archetypischer Gefahrintinstinkt aufgrund der optisch und auch als Wärme sofort und unmittelbar wahrnehmbaren Gefahrenquelle besteht, erscheint eine eingeschaltete Herdplatte in der Wahrnehmung von Durchschnittspersonen angesichts der fortschreitenden Technisierung, angesichts der unbedacht für nicht «leicht brennbar» gehaltenen Metalle oder keramischen Stoffe von Pfanne und Herdplatte sowie auch angesichts der in den Medien veröffentlichten Unfallmeldungen (die etwa wegen nicht gelöschter Kerzen in der Advents- und Weihnachtszeit weit häufiger erscheinen als wegen nicht abgeschal-

teter Herdplatten) als weniger unmittelbar gefährlich bzw. als ein besser beherrschbares Risiko bei einer vermeintlich nur kurzen Abwesenheit ausserhalb der Küche. Anders als bei einer Kerze oder einem offenen Feuer besteht bei einer eingeschalteten Herdplatte auch keine zusätzliche Schädigungsgefahr durch Umkippen oder Verrutschen des Brennkörpers oder -materials oder durch Funkenflug. Vorliegend sollte die Herdplatte bewusst nur für eine kurzzeitige Besorgung unüberwacht eingeschaltet bleiben. Der im Zusammenhang mit grober Fahrlässigkeit angewendete Merksatz «das darf nicht passieren», entspricht deshalb für das vorliegende bewusst gewollte nur kurze Verlassen der Wohnung zu einer beabsichtigten nur kurzen Besorgung (Post holen) beim Hauseingang trotz eingeschalteter Herdplatte nicht dem sozial adäquaten Verhalten und Empfinden von Durchschnittspersonen in der gleichen Situation. In dieser Situation erscheint es nicht als völlig verantwortungslos (als ein schweres Verschulden), die bewusst eingeschaltete Herdplatte für eine vermeintlich nur kurze Besorgung vor der Haustür unbeobachtet und eingeschaltet zu lassen. Dem Kassationsgericht erscheint die Annahme eines mittleren Verschuldens (vergleichbar mit dem vorinstanzlich zitierten Fall der Matratze beim Speicherofen) gegeben. Ob dieses mittlere Verschulden allerdings als nicht mehr «leichtfahrlässig» im Sinn des Art. 51 GVG gilt (oder nicht) bzw. ob «leichtfahrlässig» im Sinn des Gebäudeversicherungsrechts jede nicht grobe Fahrlässigkeit (so für Art. 72 und 14 VVG: Basler Kommentar, Graber, N 57 zu Art. 72 VVG m.H.a. Basler Kommentar, Hönger/Süsskind, N 22 zu Art. 14 VVG) oder «nur» die wirklich «leichte Fahrlässigkeit» im Sinn des leichten Verschuldens im Haftpflichtrecht meint und privilegieren soll, braucht hier nicht entschieden zu werden.

## II. Zivilrecht

---

### 1. Zivilgesetzbuch und ausführende Erlasse

---

#### 43

*Art. 129 Abs. 1 ZGB (SR 210).* Eine nichteheliche Partnerschaft soll stufenweise zu einer Sistierung des nahehelichen Unterhalts führen. Wenn sie sich nach rund einem halben Jahr zu einer engen Hausgemeinschaft verfestigt hat, kann eine Kostenersparnis berücksichtigt werden. Wenn sie sich nach etwa zwei Jahren zu einer Solidargemeinschaft entwickelt hat, kann vom Partner erwartet werden, dass er die nicht mit der Ehe zusammenhängenden Lebensrisiken übernimmt. Wenn sie ein Kind hervorgebracht oder mindestens fünf Jahre gedauert hat und dadurch das Dasein mitprägt, kann der Ausgleich der mit fortgesetzter Erziehungs- oder Hausarbeit verbundenen Erwerbseinbusse verhältnismässig auf den früheren Ehegatten und den heutigen Partner aufgeteilt werden.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 14. Juli 2005*

Die Ehefrau wohnt mit den beiden 1990 und 1992 geborenen Kindern aus der Ehe seit Frühjahr 2003 bei einem neuen Partner. Ihr wird bei der Scheidung eine halbe Stelle bis zum 16. Altersjahr des jüngeren Kindes zugemutet. Bis dahin wird ihr nahehelicher Unterhalt samt einem Vorsorgeanteil zugesprochen. Hernach gilt sie als wirtschaftlich selbständig. Der Ehemann verlangt im Berufungsverfahren, dass seine Unterhaltspflicht vollständig sistiert werde, solange das Konkubinat weiterbestehe.

Aus den Erwägungen:

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Scheidungsrecht erlosch die Unterhaltspflicht, wenn die Unterhaltsgläubigerin in einem «qualifizierten Konkubinat» lebte. Dabei stützte sich das Bundesgericht anfänglich eher auf den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs, später mehr auf die Gleichstellung mit einer Wiederheirat, welche den Wegfall des nahehelichen Unterhalts bewirkte. Eine eheähnliche Lebensgemeinschaft wurde angenommen, wenn die Intensität der Beziehung dafür sprach, dass die Partner bereit seien, sich wie in einer Ehe gegenseitig zu unterstützen. Aus welchen Gründen das Paar nicht heiratete und ob überhaupt ein Potenzial für eine wirtschaftliche Unterstützung bestand, galt als unerheblich. Grundsätzlich hatte der Unterhaltsschuldner zu beweisen, dass die Beziehung einer Ehe glich. Da dieser Beweis aber ausserordentlich schwer zu erbringen war, wurde Eheähnlichkeit nach fünfjähriger Lebensgemeinschaft vermutet, was zu einer Umkehr der Beweislast führte (BGE 118 II 235; 116 II 394).



In der Revision des Scheidungsrechts wurde bewusst darauf verzichtet, die Folgen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für den Unterhaltsanspruch zu regeln (Spycher/Gloor, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 129 ZGB mit weiteren Hinweisen). Bei der Formulierung von Art. 129 Abs. 1 ZGB dachte man aber doch gerade an solche Fälle (Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I, 119). Danach kann das Gericht bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse eine im Scheidungsurteil festgesetzte Rente nicht nur herabsetzen oder aufheben, sondern – im Unterschied zum früheren Recht – auch für eine bestimmte oder wenigstens bestimmbare Zeit einstellen. Diese Regel ist nach einhelliger Meinung auch auf Partnerschaften anzuwenden, die bei der Scheidung bereits bestehen. Renten können damit schon im Scheidungsurteil bedingt sistiert werden. Andere Fragen werden in der Lehre kontrovers behandelt: So bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, inwieweit die alte Praxis heranzuziehen sei, ob allenfalls ein strengerer oder ein milderer Massstab angelegt werden sollte, ob die Sistierung die Aufhebung ersetze und ob nun eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt wäre (vgl. dazu Büchler/Stegmann, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch, in: FamPra.ch 2004, 229 ff., 232 ff.; P. Liatowitsch, Die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, in: FamPra.ch 2000, 476 ff., 483 ff.).

Die Gerichtspraxis ist noch spärlich: Ein kantonales Gericht entschied, dass eine Sistierung des nachehelichen Unterhalts erst möglich sei, wenn die neue Partnerschaft sich zu einer qualifizierten Gemeinschaft im früheren Sinne verdichtet habe, weil der Partner nicht anstelle des Gatten für die in der Ehe geschaffenen Nachteile eintreten müsse (Obergericht Luzern, in: FamPra.ch 2002, 151). Das Bundesgericht hielt hingegen einmal fest, dass für eine Sistierung nicht mehr die gleichen Voraussetzungen gelten könnten und liess eine Einstellung des Unterhalts bereits nach dreijährigem Bestehen eines Konkubinats zu (Pr 2002, Nr. 149). Freilich handelte es sich insofern um einen besonderen Fall, als die Unterhaltsberechtigten in der neuen Partnerschaft bereits zwei Kinder geboren hatte und diese zusammen mit den beiden ehelichen betreute. Zudem wäre das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen sonst nicht mehr gedeckt gewesen. Auch wenn das nicht amtlich publizierte Urteil nicht ohne weiteres als Leitentscheid betrachtet werden darf, spricht es sich doch über folgende Punkte aus: Erstens will das Gesetz den Gestaltungsspielraum vergrössern. Zweitens soll nicht nur die rein wirtschaftliche Situation der Partner, sondern auch ihre innere Verbundenheit berücksichtigt werden. Drittens kann eine Sistierung nun wohl zügiger angeordnet werden, weil sie nicht unwiderruflich ist. Und viertens tritt sie nicht ganz an die Stelle der Aufhebung. Jedenfalls sollte die Sistierungsmöglichkeit weder die Stellung des Unterhaltsgläubigers noch jene des Unterhaltsschuldners grundsätzlich verschlechtern. Vielmehr sind die Vor- und Nachteile für beide Seiten abzuwägen (Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Bern 2001, Rz. 10.30i; Spycher/Gloor, N 15 zu Art. 129 ZGB).

Eine solche Balance lässt sich nur finden, wenn zuerst nach dem Zweck des Unterhalts gefragt wird. Im alten Recht wurde die Unterhaltersatzrente als Kompensation für den durch die Scheidung erlittenen Schaden begriffen und die Bedürftigkeitsrente als Ausdruck nahehehlicher Solidarität. Das neue Recht hat ein anderes und einheitliches Konzept: Heute bildet vor allem der Ausgleich ehebedingter Nachteile Grundlage und Rechtfertigung des nahehehlichen Unterhalts (I. Schwenzer, FamKommentar Scheidung, N 7 Vorbem. zu Art. 125–132 ZGB). Unter Umständen kann sich eine Rente aber auch aus einem Überrest ehelicher Solidarität ergeben. Dann mag es schon nach kürzerer Zeit als angemessen erscheinen, die Beistandspflicht dem neuen Partner zuzuweisen, wenn diese Verbindung zur effektiv gelebten Solidargemeinschaft geworden ist (Büchler/Stegmann, 241 f.). Beruht jedoch der Scheidungsunterhalt auf einer Mitverantwortung für die in der Ehe entstandenen Nachteile, wie das namentlich bei der Betreuung gemeinsamer Kinder zutrifft, so lässt sich eine Sistierung bei neuer Partnerschaft nicht leichthin vertreten. Es kann ja nicht Aufgabe des Partners sein, die Last der Erziehung ehelicher Kinder mitzutragen (P. Liatowitsch, FamKommentar Scheidung, N 221 zu Anh. K). Vorbehalten bleiben schliesslich Konstellationen, in denen das Beharren auf Unterhalt einem elementaren Gerechtigkeitsgefühl zuwiderliefe und geradezu rechtsmissbräuchlich würde. Das mag dort der Fall sein, wo dem Unterhaltspflichtigen bloss das Existenzminimum bleibt, während umgekehrt der neue Partner der Unterhaltsberechtigten tatsächlich eine luxuriöse Lebensweise finanziert (Büchler/Stegmann, 241).

Eine neue Partnerschaft sollte folglich stufenweise Anlass zur Sistierung von nahehehlichem Unterhalt geben. In einem ersten Schritt darf beachtet werden, dass das gemeinschaftliche Wohnen und Haushalten gewisse Synergien erzeugt, die zu Kostenersparnissen führen. In dieser Hinsicht lässt sich eine Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft durchaus mit einer Ehe vergleichen. Ein Abänderungsgrund liegt aber nur vor, wenn die Veränderung einigermaßen dauerhaft scheint. Der gemeinsame Haushalt muss sich also soweit gefestigt haben, dass er ein Minimum an Beständigkeit verspricht, und das kann nicht schon unmittelbar nach der Begründung, sondern erst nach etwa sechs Monaten vermutet werden. Danach ist im Bedarf nur noch der halbe Ehepaar-Grundbetrag (BGE 130 III 765; Bundesgericht, 27.10.2004, 5C.170/2004) und auch bloss noch die Hälfte der Wohnauslagen (Bundesgericht, in: FamPra.ch 2004, 813) einzusetzen, soweit nicht ein Partner Kinder in die Beziehung mitgebracht hat. Die Kostenreduktion muss sich aber auch als wesentlich erweisen und das ist in einer Mangelsituation eher anzunehmen als in einer gehobenen Lage. Sie kann schliesslich nicht zu einer definitiven Herabsetzung des Unterhalts führen, sondern höchstens zu einer Sistierung im Umfang der Minderausgaben. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der nahehehliche Unterhalt solidarischen Charakter hat. So verhält es sich insbesondere, wenn ein geschiedener Ehegatte verpflichtet wurde, bei eingeschränkter Erwerbsfähigkeit ein allgemeines, nicht mit der Ehe zusammenhängendes Lebensrisiko zu überneh-

men oder bei grossem Einkommensunterschied einen sozialen Abstieg zu verhindern (Hausheer/Spycher, Rz. 05.03). In einer gewachsenen Schicksalsgemeinschaft ist vom Partner zu erwarten, dass er auch am Unglück des anderen teilnimmt und ihm zu einer Existenz verhilft, die seiner eigenen Lebenshaltung entspricht. Das wird allenfalls nach zwei Jahren des Zusammenlebens zumutbar sein, wobei es freilich nicht nur auf die Dauer, sondern auch auf die Nähe in der realen Beziehung ankommt, die zudem an der Ausgestaltung der vorangegangenen Ehe zu messen wäre. Je kürzer diese war, desto rascher soll sistiert werden können, und je länger sie dauerte, umso zurückhaltender. In einem dritten Schritt kann sich auch bei einem Unterhalt, der sich aus der ehelichen Rollenteilung oder der nahehehlichen Kinderbetreuung ergab, die Frage stellen, ob die neue Partnerschaft ihrerseits das Dasein mitprägt. Das wird aber erst zutreffen, wenn diese Gemeinschaft ein Kind hervorgebracht oder wenigstens fünf Jahre gehalten hat, weil sie frühestens dann als nicht mehr kurz und ansatzweise lebensprägend gelten kann (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 05.121; Schwenger, N 48 zu Art. 125 ZGB). Wer weiterhin die Kinder betreut oder den Haushalt führt, ist nun nicht nur wegen den Nachwirkungen der Ehe beruflich eingeschränkt, sondern erbringt zugleich stetige und geldwerte Dienstleistungen in der Partnerschaft. Dann lässt es sich begründen, die damit verbundene Erwerbseinbusse dem geschiedenen Ehegatten und dem Partner künftig anteilmässig anzulasten. Dafür wäre jeweils ein möglichst einfacher und passender Schlüssel zu finden. Die Lösung sollte insgesamt hinreichend flexibel sein, um die vielfältigen Lebensformen in Nachscheidungsfamilien zu erfassen (Büchler/Stegmann, 245), und doch genügend bestimmt, um als Verhandlungsmodell zu taugen, welches eine mögliche Kette von Prozessen vermeiden hilft (Liatowitsch, N 232b zu Anh. K).

In diesem Fall liegen die Standpunkte allerdings zu weit auseinander. Anerkannt ist nur, dass die Ehefrau seit gut zwei Jahren mit ihrem Partner zusammenlebt. Der Ehemann leitet daraus ab, dass der Zeitpunkt gekommen sei, um den nahehehlichen Unterhalt ganz einzustellen, und die Ehefrau lehnt auch eine teilweise Sistierung ab. Das Kreisgericht berücksichtigte ihre neue Partnerschaft in der Weise, dass es nur einen reduzierten Grundbetrag von Fr. 800.– und mit Rücksicht auf die Kinder einen runden Drittel der Wohnkosten in den persönlichen Bedarf aufnahm. Damit wurde der Unterhalt aber nicht nur im Ausmass der Kosteneinsparungen sistiert, sondern sogleich gekürzt, was sich nach einer Aufhebung der Lebensgemeinschaft nicht mehr rückgängig machen liesse und so die Ehefrau tendenziell benachteiligt. Das Kantonsgericht hat das hinzunehmen, weil es ihr nach der Dispositionsmaxime nicht mehr und nichts anderes zusprechen kann, als sie selbst verlangt. Im Übrigen dient der Unterhaltsbeitrag ausschliesslich dem Ausgleich ehebedingter Nachteile und stellt reinen «Betreuungsunterhalt» dar (Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.59), welcher für die Zeit der durch die Kindererziehung beeinträchtigten Erwerbchancen notwendigerweise mit einem Vorsorgeunterhalt zu ergänzen ist. Dafür muss der Ehemann grundsätz-

lich vorbehaltlos aufkommen (Hausheer/Geiser/Kobel, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 10.72 f.). Der Alltag der Ehefrau wird noch immer durch die Folgen der Ehe bestimmt und nicht oder erst am Rande durch die kinderlose Partnerschaft, die auch sonst nicht den Anschein einer ungewöhnlich intensiven, geradezu schicksalsverwobenen Beziehung macht. Im Gegenteil gibt es Anzeichen dafür, dass getrennte Kassen geführt werden: So beteiligt sich die Ehefrau offenbar am Mietzins und zahlt ein ihr gewährtes Darlehen regelmässig zurück. Der Ehemann behält schliesslich über das Existenzminimum hinaus einen beträchtlichen Freiraum und kann nicht dartun, dass die Ehefrau dank ihrer neuen Partnerschaft in weit komfortablere Verhältnisse hineingeraten sei. Freiwillige und mithin ungesicherte Beiträge des Partners sind nicht zu beachten (Bundesgericht, in: FamPra.ch 2002, 811), solange sich dabei kein krasses Ungleichgewicht im Lebensstandard der Parteien einstellt. Wenn der Ehemann darauf verweist, dass sich die Ehefrau zweimal Ferien im Jahr leisten könne, so ist das unerheblich, zumal er selbst unbestritten auch mehrfach Ferien im Ausland verbrachte. Die Unterhaltsbemessung samt dem Verzicht auf Sistierung erweist sich insgesamt als ausgewogen, ja für den Ehemann eher günstig. Damit ist die Berufung abzuweisen.

#### 44

*Art. 176 ZGB (SR 210).* Die Ehegatten können zwar jederzeit, auch aussergerichtlich, eine Vereinbarung über ihr Getrenntleben abschliessen und sind daran grundsätzlich gebunden. Wird die Vereinbarung aber dem Gericht vorgelegt, so ist sie genehmigungspflichtig und das bedeutet, dass sie einer Mängel-, Angemessenheits- und Realitätskontrolle zu unterziehen ist.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 29. August 2005*

Die Ehegatten schlossen im Eheschutzverfahren eine Vereinbarung über die Ordnung des Getrenntlebens ab. Darin regelten sie die Zuteilung der beiden Kinder in die Obhut der Mutter, das Recht des Vaters, mit den Kindern an drei Wochenenden im Monat und während sieben Wochen Ferien im Jahr Kontakt zu halten, sowie seine Pflicht, für jedes Kind monatlich Fr. 600.– zuzüglich Kinderzulage zu bezahlen. Die Ehefrau verzichtete auf persönlichen Unterhalt. Die Eheschutzrichterin genehmigte diese Vereinbarung, soweit sie die Kinderbelange betraf, und schrieb das Verfahren im Übrigen als erledigt ab. Gegen diesen Entscheid erhebt die Ehefrau Rekurs. Sie «widerruft» ihr Einverständnis zur Vereinbarung. Stattdessen verlangt

sie eine Beschränkung des Umgangs zwischen den Kindern und dem Vater auf jedes zweite Wochenende und drei Ferienwochen im Jahr sowie einen angemessenen Ehegattenunterhalt. Der Ehemann will an der Vereinbarung festhalten.

Aus den Erwägungen:

Eine Vereinbarung über die Trennungsfolgen ist auch im Eheschutzverfahren allgemein genehmigungspflichtig und nicht nur soweit, als sie die Kinder berührt. Ehepartner geraten nach der Trennung oft in einen Entscheidungskonflikt, den sie als Zustand der Unsicherheit und inneren Zerrissenheit erleben, und können dann nicht ohne weiteres klar und unbeeinflusst nach einer Lösung für ihre Probleme suchen (R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 14 zu Art. 175 ZGB). Eine Vereinbarung in eigenen finanziellen Angelegenheiten bindet zwar die Eheleute. Ein Ehegatte kann aber jederzeit beantragen, dass sie nicht zu genehmigen sei. Das Gericht hat die Vereinbarung zudem von sich aus in dreifacher Hinsicht zu prüfen und im Sinne von Art. 140 ZGB eine Mängel-, Fairness- und Realitätskontrolle auszuüben. Es muss sich vergewissern, ob sich die Eheleute frei von Willensmängeln auf eine nicht als offensichtlich unbillig erscheinende Trennungsordnung einigten und ob diese der aktuellen Familiensituation noch entspricht (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 151 ff. zu Art. 158 aZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 65 ff. zu Art. 140 ZGB). Bei der Überprüfung ist ein unterschiedlicher Massstab anzulegen, je nachdem welche Punkte betroffen sind: Eine Abmachung der Ehegatten über ihre eigenen finanziellen Angelegenheiten kann genehmigt werden, wenn sie noch als nachvollziehbarer Ausgleich der Interessen erscheint. Eine Vereinbarung der Eltern über Kinderbelange darf nur genehmigt werden, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht.

## 45

*Art. 176 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB (SR 210).* Die Annahme, dass das Getrenntleben der Ehegatten unwiderruflich sei und nicht mehr der Rettung der Ehe, sondern nur noch der Vorbereitung einer Scheidung diene, genügt nicht zur Anordnung einer Gütertrennung. Vorausgesetzt werden konkrete Anhaltspunkte, dass die Uneinigkeit der Eheleute über den Fortbestand der Ehe sich auch auf wirtschaftliche Belange auswirkt.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 2. November 2005*

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann macht geltend, dass das Getrenntleben der Ehegatten nun schon anderthalb Jahre daure und im frühest möglichen Zeitpunkt zur Scheidung führen

werde. Die Anordnung einer Gütertrennung lasse sich darüber hinaus auch deshalb begründen, weil die Ehefrau eine zu seinem Geschäftsvermögen gehörende Tischuhr nicht herausgegeben habe. Die Ehefrau hält dem entgegen, dass der subjektive Scheidungswille zur Anordnung der Gütertrennung nicht ausreiche. Vielmehr müssten objektive Anhaltspunkte bestehen, dass die Eheleute nicht mehr vernünftig miteinander wirtschaften können. Die Auseinandersetzung um einen einzigen Gegenstand bilde dafür noch kein hinreichendes Indiz.

Eine Gütertrennung kann während des Zusammenlebens der Ehegatten nur angeordnet werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 185 ZGB), bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts aber schon, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 176 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Dabei ist vor allem an eine Gefährdung wirtschaftlicher Interessen zu denken (BGE 116 II 21, 29). Die blossе Annahme, dass eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens unwahrscheinlich sei, genüge für sich allein genommen jedoch nicht (BGE 116 II 21, 30). Zwar wurde seither die Gütertrennung in der kantonalen Praxis gelegentlich voraussetzungslos angeordnet, wenn ein Ehepartner einen klaren Willen zur Scheidung bekundet und die Ehe nur noch als rechtliche Verbindung betrachtet (Obergericht Zürich, in: ZR 2001, Nr. 24; ZR 2004, Nr. 2; ZR 2005, Nr. 50; Obergericht Solothurn, in: SJZ 2001, 581 f.). Damit wird aber das Gesetz, das eben besondere Umstände voraussetzt, missachtet und der in Art. 204 Abs. 2 ZGB festgelegte Stichtag für die Auflösung des ordentlichen Güterstandes generell nach vorne verlegt (A. Spycher, Erleichterte Anordnung der Gütertrennung?, in: Festschrift Hausheer, Bern 2002, 361 ff., 370 ff.; R. Vetterli, Beschränkter Schutz in der Ehe?, in: AJP 2005, 295, 296; R. Weber, Urteilsanmerkung, in: AJP 2001, 463, 465 ff.). Wohl mag es unbefriedigend sein, wenn ein Ehegatte die Scheidung hinausschiebt, um länger an einem Vermögenszuwachs beteiligt zu sein. Er braucht aber gar nicht zu begründen, warum er die gesetzliche Schonfrist ausnützen will, und das Gericht kann das nicht in der Art einer kleinen Zerrüttungsprüfung erforschen. Es wäre zudem grundsätzlich nicht Sache des Richters, einen allfälligen rechtspolitischen Mangel zu beheben, selbst wenn ihm eine andere Lösung vielleicht einmal «gerechter» schiene (Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 254 ff. zu Art. 1). Die st.gallische Praxis verlangt deshalb dem klaren Gesetzestext und dem auch unter neuem Scheidungsrecht beachtlichen Präjudiz des Bundesgerichts folgend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Uneinigkeit der Ehegatten im Scheidungspunkt sich auf die wirtschaftlichen Belange auswirkt (Kantonsgericht St.Gallen, in: ZBJV 2002, 71 ff.). Das mag etwa dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte Ersparnisse anzehrt, um sich eine unangemessen hohe Lebenshaltung zu leisten, oder wenn er beim Verkauf einer zu aufwändig gewordenen Liegenschaft nicht mitwirkt (R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 41 zu Art. 176 ZGB).

Das Hauptargument des Ehemanns, das Getrenntleben sei als Dauerzustand aufzufassen, erlaubt die Anordnung einer Gütertrennung offensichtlich nicht. Sein nebenbei vorgebrachter und nicht weiter substantzierter Hinweis, die Ehefrau

made bei kleinen Vermögenswerten Schwierigkeiten, liesse eine solche – selbst wenn das zutreffen sollte – nicht als verhältnismässig erscheinen (Hausheer/Reuser/Geiser, Berner Kommentar, N 38 zu Art. 176 ZGB). Das einzige dazu angeführte Beispiel, die Ehefrau habe eine Tischuhr zurückbehalten und damit gezeigt, dass sie zwischen Geschäfts- und Privatvermögen nicht unterscheiden könne, ist schwer nachvollziehbar. Das sind gar keine rechtlichen Kategorien. Bei der Regelung des Getrenntlebens kommt es ohnehin nicht auf das Eigentum, sondern nur auf die Zweckmässigkeit an. Entscheidend ist also nicht die Frage, wem ein Gegenstand gehört, sondern nur jene, wem er mehr nützt, und das kann bei einer Sache, die schon bisher zur Ausschmückung des gemeinsamen Heims diene, durchaus der Ehegatte sein, welcher in der Familienwohnung zurückbleibt (V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 43 zu Art. 176 ZGB; Vetterli, N 18 zu Art. 176 ZGB).

## 46

*Art. 273 ZGB (SR 210)*. Es gibt zwar kein festes Besuchskonzept, aber eine Vorstellung darüber, was sich im Allgemeinen bewährt hat. Danach soll ein Schulkind zwei Wochenenden im Monat, zwei bis drei Wochen Ferien und einen Teil der Doppelfeiertage mit dem Elternteil ohne Obhut verbringen können. Dieses Grundmuster muss wohl der besonderen Situation angepasst werden. Es besteht aber kein Anlass, den Kontakt eines normalen Kindes wegen eines fortgesetzten Elternkonflikts einzuschränken. Das ist nur insofern zu berücksichtigen, als Besuche möglichst klar und mit einem festen Rhythmus festzulegen sind.

*Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 3. Oktober 2005*

Aus den Erwägungen:

Die Eheschutzrichterin gab dem Vater Gelegenheit, mit dem neunjährigen Sohn an zwei Wochenenden im Monat von Samstag 9 Uhr bis Sonntag 19 Uhr, an einem Abend in der Woche «bis zum darauf folgenden Morgen», während der Hälfte aller Schulferien und alternierend an den Feiertagen zusammen zu sein. Die Mutter möchte dem Vater nur ein Wochenende im Monat mit Rückgabe schon um 17 Uhr, drei Wochen Ferien im Jahr und zusätzliche Tage an Weihnachten sowie Ostern zugestehen.

Der persönliche Umgang will es dem Kind ermöglichen, auch nach der Trennung seine Beziehung zu beiden Eltern fortzusetzen, und demjenigen Elternteil, der es nicht in seiner Obhut hat, erlauben, weiterhin ein Stück Verantwortung für das Kind zu übernehmen. In der Regel wird damit der wichtigste Wunsch des Kindes, die

Eltern möchten sich wieder vertragen, auf die bestmögliche Weise erfüllt. Alle Fachleute stimmen darin überein, wie förderlich es längerfristig für die Entwicklung eines Kindes, sein Selbstwertgefühl, sein Sozialverhalten und seine Schulleistung ist, wenn der weggezogene Elternteil – gewöhnlich der Vater – engen Kontakt zu ihm hält und sich an seiner Erziehung beteiligt (Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, München 2002, 180 f.). Das gilt gerade für Buben, die sich mit einer Vaterfigur identifizieren wollen. Für sie ist auch bei andauerndem Konflikt unter den Eltern der Gewinn, den sie aus häufigen Besuchen ziehen können, meist grösser als der mögliche Schaden (Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, 128).

Aus den Eingaben und Selbstschriften entsteht zunächst der Eindruck, dass die Eltern recht unterschiedliche Erziehungshaltungen vertreten. Die Mutter scheint fürsorglich und eher ängstlich, der Vater grosszügig und eher sorglos. Zur Erziehung gehört allerdings beides, die Förderung der Selbständigkeit ebenso wie die Bereitschaft, Grenzen zu setzen (F.Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 2. Aufl., München 1994, 19). Für ein Kind ist es deshalb entspannend und anregend zugleich, wenn es sich bei diesem holen kann, was es bei jenem vermisst. Eltern neigen jedoch nach der Trennung dazu, ihren Erziehungsstil für den einzig richtigen zu halten und denjenigen des anderen Elternteils abzulehnen. Dabei vergessen sie freilich, dass das Kind sie gerade in ihrer Unterschiedlichkeit schätzt. Beide Eltern räumen hier ein, dass ihr Verhältnis seit längerer Zeit gespannt sei. Sie konnten kein direktes Gespräch mehr führen, sondern tauschten nur noch Korrespondenzen aus und beklagten sich alsdann oft darüber, dass Abmachungen nicht eingehalten wurden. Ein solcher Umgangsstreit hängt vor allem damit zusammen, dass die Paar- und die Elternebene nicht auseinander gehalten werden. Die ehemaligen Partner, die voneinander enttäuscht sind, trauen sich nun auch in der Elternrolle nichts mehr zu. Sie treiben den Konflikt durch Verzicht auf rationale Verständigung, gegenseitige Umdeutung von Handlungen und Zuschreibung von schlechten Absichten manchmal immer weiter voran. Das sind aber zirkuläre Verhaltensweisen, an denen gewöhnlich beide gleichermassen beteiligt sind. Kein Elternteil soll sich auf den von ihm mitverursachten Streit berufen und davon einseitig profitieren können (BGE 130 III 585; 131 III 289). Eine angemessene Ordnung des persönlichen Umgangs braucht deswegen weder eingeschränkt noch ausgeweitet zu werden.

Entscheidend kann nur sein, wie das Kind auf den fortgesetzten Elternkonflikt reagiert. Der Bub äusserte sich in der gerichtlichen Anhörung spontan und erstaunlich gelassen. Er liess seine Zuneigung zu beiden Eltern spüren, erzählte über Unternehmungen mit dem Vater, berichtete auch von einem unauffälligen letzten Besuch bei ihm und freute sich sichtlich, dass dieser in seine Nähe ziehe. Es gibt keinen Grund, diese nachvollziehbare, zurückhaltend positive Einstellung eines normalen Kindes, das ein ungestörtes Verhältnis zu beiden Eltern aufrecht erhalten möchte, zu hinterfragen und erst recht keinen Anlass, einen Bericht der von der



Mutter beigezogenen Kindertherapeutin einzuholen. Solche Versuche zur «Psychiatisierung» des Kindes entspringen nicht nur echter Sorge, sondern gehören auch zur kämpferischen Taktik eines Elternteils, der die Kontakte zum anderen einschränken möchte (Dettenborn/Walter, 185). Wohl ist zu befürchten, dass es für das Kind zunehmend mühsamer wird, im Gleichgewicht zu bleiben, wenn es zwischen den streitenden Eltern vermitteln oder – wie etwa eine Auseinandersetzung über das Taschengeld zeigt – Botschaften überbringen und Bericht erstatten muss. Zweifellos wäre das Kind auf Ruhe angewiesen, aber nicht auf die eigene, sondern auf diejenige der Eltern (H. Figdor, *Kinder aus geschiedenen Ehen: Zwischen Trauma und Hoffnung*, Mainz 1991, 158 f.). Diese kann nicht mit einer Distanzierung vom Vater erkaufte werden, weil es damit zwar von seinen Entscheidungsnöten befreit, jedoch von womöglich noch quälenderen Schuldgefühlen geplagt würde.

Es gibt kein festes Besuchskonzept, aber immerhin eine Vorstellung darüber, was sich im Allgemeinen bewährt hat (BGE 123 III 445, 450 ff.; vgl. auch A. Wirz, *FamKommentar Scheidung*, N 20 zu Art. 273 ZGB mit weiteren Hinweisen). Danach soll ein Schulkind zwei Wochenenden im Monat und mehrere Wochen Ferien im Jahr bei dem Elternteil verbringen können, mit dem es nicht zusammenwohnt. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kind zwar im Alltag einen Lebensmittelpunkt braucht, aber seine Freizeit mit den beiden gleichwertigen und gleich wichtigen Eltern soll teilen können. Eine solche «Halbierung» des Kindes darf allerdings auch nicht so weit getrieben werden, dass es seine Orientierung an einer Hauptbezugsperson verliert (R. Lempp, *Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie*, Bern/Stuttgart/Wien 1983, 144 f.). Im Übrigen muss das Grundmuster der besonderen Lage angepasst werden. Dabei ist sowohl nach der inneren Bindung wie nach den äusseren Umständen zu fragen (Wirz, N 24 zu Art. 273 ZGB). Es ist nicht daran zu zweifeln, dass der Vater dem Kind einen grossen Stellenwert in seinem Leben einräumt. Er hat seinen Wohnort im gleichen Quartier, aber doch nicht in unmittelbarer Nachbarschaft zur Mutter ideal gewählt und auch das spricht für sein Engagement. Schliesslich kann er für ein Kind im Primarschulalter noch eine bedeutsame Rolle als Ratgeber und älterer Spielkamerad übernehmen. Das deutet insgesamt darauf hin, dass die Beziehung eher intensiver als üblich ausgestaltet sein sollte.

Der noch nicht ausgeräumte Elternkonflikt muss aber doch insofern berücksichtigt werden, als alle Beteiligten in hohem Masse auf einen festen Rhythmus angewiesen sind (Staub/Felder, 116; R. Vetterli, *FamKommentar Scheidung*, N 11 zu Art. 176 ZGB). Die Eltern brauchen das, um nicht immer wieder neue Abreden treffen zu müssen, und das Kind selbst benötigt es, um die Besuche als etwas Normales empfinden zu können. Vorteilhaft sind deshalb Besuche an jedem zweiten Wochenende und nicht solche an zwei Weekends im Monat, weil das zu kalendarisch bedingten Unregelmässigkeiten führen würde. Zwar wendet die Mutter dagegen ein, dass das Kind seine Kameradschaften dann nicht mehr ungehindert pflegen könne. Weil es aber in derselben Umgebung bleiben kann, bedeutet das in Wirklichkeit nur, dass es sich mit seinen Wünschen jeweils an den Vater statt an die Mutter

wenden und die Rahmenbedingungen mit ihm aushandeln muss (H. Figdor, Scheidungskinder – Wege der Hilfe, 2. Aufl., Giessen 1998, 126). Festzulegen sind auch die Besuchszeiten, wobei ein Beginn am Samstag um 9 Uhr und ein Ende am Sonntag um 19 Uhr durchaus massvoll scheint. Das Beharren der Mutter auf einer früheren Rückkehr ist eher Anzeichen einer Überbehütung als Ausdruck ernsthafter Bedenken. Nachteilig wären hingegen mit einer Übernachtung verknüpfte Besuche während der Woche. Jeder weitere Wechsel würde das Kind beunruhigen, weil damit stets vier «Grenzerlebnisse» des Abschiednehmens und Ankommens verbunden wären, bei denen es einen Elternteil zurücklassen und sich beim anderen wieder eingewöhnen müsste. Feiertage und Ferien prägen die Eltern-Kind-Beziehung, weil sie aus dem Alltagsgeschehen herausragen und Gelegenheit zu emotionaler Nähe und aussergewöhnlicher Freizeitgestaltung vermitteln (Dettenborn/Walter, 207 f.). Auch hier ist aber zu beachten, dass allzu viele Aufenthalte an Feiertagen den dringend gebotenen festen Turnus stören. Zugleich würde damit eine Interessenkollision zwischen den Eltern bewirkt und der Loyalitätskonflikt des Kindes verstärkt. Der Bub soll immerhin an den wichtigsten Doppelfeiertagen, nämlich an Weihnachten und Ostern, beiden Elternteilen begegnen können, damit er nicht den Eindruck gewinnt, einer habe stets den Vorrang. Die Ferien dürfen weder völlig verplant werden, weil das Kind damit jeden Spielraum für Schul- oder Pfadilager verlieren würde, noch so weit ausgedehnt werden, dass der voll berufstätige und geschäftlich oft abwesende Vater dabei überfordert wäre und mit unvermeidlichen Absagen das Kind enttäuschen würde. Angebracht sind deshalb vier Wochen Ferien, deren Bezug jeweils wenigstens zwei Monate im Voraus abgesprochen werden soll.

## 47

*Art. 277 Abs. 2 ZGB (SR 210).* Ein mündiges Kind kann erwarten, dass seine sehr begüterten Eltern während der Ausbildung einen erhöhten Grundbedarf decken, aber nicht verlangen, dass alle Komfortbedürfnisse erfüllt werden. Der Unterhaltsbeitrag ist im Verhältnis der Einkommensüberschüsse auf die Eltern aufzuteilen.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 18. Februar 2005*

Die heute fast 27-jährige Tochter studiert seit Herbst 2001 Psychologie an der Universität. Die Ehe ihrer Eltern wurde geschieden. Der Vater trug an den Ausbildungsunterhalt vorerst freiwillig rund Fr. 2800.– im Monat bei. Nach einer heftigen Auseinandersetzung im Oktober 2002 reduzierte der Vater seine Beiträge auf

Fr. 1500.–. Darauf erhob das mündige Kind im Juni 2003 Klage und verlangte Unterhalt von Fr. 2820.– im Monat bis zum ordentlichen Abschluss ihrer Ausbildung. Der Vater anerkannte einen Unterhaltsanspruch von Fr. 1700.–. Das Kreisgericht befand sich bei seinem Angebot und wies die Klage im Übrigen ab. Dagegen erklärte die Tochter Berufung. Vermittlungsversuche blieben erfolglos.

Aus den Erwägungen:

Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Befindet es sich dann noch in einer Erstausbildung, so haben die Eltern für seinen Unterhalt aufzukommen, soweit ihnen das zuzumuten ist (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Die Unterhaltspflicht ist in finanzieller Hinsicht zumutbar, wenn ein Elternteil sich nicht übermässig einschränken muss (BGE 118 II 97), und in persönlicher Hinsicht dann, wenn das erwachsene Kind die Beziehung zu ihm nicht einseitig abgebrochen hat (BGE 129 III 375, 378 ff.). Sie endet, sobald die Ausbildung bei ernsthaftem Bemühen abgeschlossen werden kann, wobei ein gelegentlicher Misserfolg hinzunehmen ist (BGE 114 II 205).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Beklagte bejaht die wirtschaftliche Zumutbarkeit vorbehaltlos und bestreitet auch die persönliche Zumutbarkeit nicht grundsätzlich. Zwar ist das Verhältnis zwischen den Parteien seit einiger Zeit schwer gestört. Geschildert wird namentlich ein Vorfall, bei dem der Vater überraschend in der Wohnung auftauchte und die Tochter damit drohte, die Polizei zu rufen. Dabei verhielt er sich wohl allzu aufdringlich und sie übertrieben abweisend. Auch wenn die Tochter den Vater aus diesem Anlass beschimpft haben soll, so reagierte dieser auf ihre zunehmend übersteigerten materiellen Ansprüche doch mit ähnlich taktlosen Bemerkungen. Familiäre Beziehungen haben eine zirkuläre Natur. Die Verhaltensweisen bedingen sich gegenseitig, weshalb eine linear-kausale Betrachtungsweise nicht angebracht wäre. Die Schuld am Zerwürfnis kann gewöhnlich nicht einem allein zugewiesen werden und eine künstliche Abwägung soll nicht stattfinden (P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 277 ZGB). Schliesslich hat die Klägerin das Studium auch mit genügendem Einsatz betrieben. Ein einmaliges Versagen in einer Zwischenprüfung kann ihr nicht vorgeworfen werden und die Studienzeit, die minimal vier Jahre beträgt, aber erfahrungsgemäss meist länger dauert, ist noch nicht abgelaufen.

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht vielmehr die Frage nach dem angemessenen Unterhaltsbedarf. Die Klägerin möchte am hohen Lebensstandard der Eltern teilhaben. Dafür stellt sie auf einen Haushaltsplan der Frauenzentrale ab, welcher konkrete Ausgaben von rund Fr. 3300.– im Monat auflistet. Der Beklagte erwartet aus pädagogischen Gründen, dass die Tochter als Vorbereitung auf die spätere Selbständigkeit ein eher bescheidenes Dasein führt und verweist auf ein Budget für Studierende, das monatliche Auslagen zwischen rund Fr. 1400.– und Fr. 2300.– als üblich bezeichnet. Sodann bleibt noch die Frage zu klären, wie der Bedarf auf die beiden Eltern aufzuteilen sei. Die Klägerin möchte sich einen monat-

lichen Unterhaltsbeitrag der Mutter von Fr. 500.– anrechnen lassen. Der Beklagte geht hingegen davon aus, dass die geschiedene Ehefrau, der in der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Vermögen von über drei Millionen Franken zugefallen sei, wesentlich mehr leisten könnte. Das Kreisgericht rechnete mit einem stark erhöhten Grundbedarf des mündigen Kindes von Fr. 3200.– im Monat. Es stellte fest, dass der Vater ein sehr hohes Einkommen erziele, während die Mutter ein erheblich grösseres Vermögen besitze, und teilte den Unterhaltsbeitrag hälftig auf die Eltern auf, weil man «zwischen reich und noch reicher» nicht unterscheiden könne. Nachdem der Vater mehr als die Hälfte des Unterhalts offeriert habe, sei nicht mehr zu prüfen, ob die Tochter etwas aus eigenem Verdienst beizusteuern vermöchte.

Der Unterhalt bestimmt sich nach dem Bedarf des Kindes, nach der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern sowie nach der Eigenversorgung des Kindes (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Diese Faktoren beeinflussen sich gegenseitig, weshalb erst aus ihrem Zusammenspiel hervorgeht, welche Bedürfnisse des Kindes zu decken sind (BGE 116 II 110, 112). Allerdings ist der Unterhalt für das unmündige Kind Ausdruck einer selbstverständlichen Fürsorgepflicht. Weil das Kind noch keinen eigenen Platz im Leben hat, wird die ihm gebührende Stellung abgeleitet aus jener der Eltern. Der Unterhalt für das mündige Kind hat hingegen einen gewissen Übergangscharakter und bildet eine Brücke von der abhängigen Kindheit zur vollen Autonomie. Die Stellung eines erwachsenen Kindes richtet sich nicht mehr einfach nach derjenigen der Eltern, sondern orientiert sich auch an seiner eigenen Lebensposition. Es gilt, einen vernünftigen Ausgleich zwischen der erstrebenswerten Entwicklung zur selbständigen Persönlichkeit und den finanziellen Möglichkeiten der Eltern zu finden. Weder soll das mündige Kind einem unnötigen Sparzwang ausgesetzt sein, noch soll ein begüterter Elternteil eine blossе Sponsorenrolle übernehmen müssen (vgl. BGE 111 II 413, 417). Dabei kommt es auch auf das Alter an. Zwar gibt es keine absolute Altersgrenze (vorgeschlagen wurde einmal das 25. Altersjahr; vgl. Botschaft Kindesrecht, BBl 1974 II 57). Je älter ein Kind aber wird, desto mehr lockert sich der Familienzusammenhang und damit die Anknüpfung an den im Elternhaus gepflegten Lebensstandard. Das muss heissen, dass auch der Unterhalt sich immer mehr «verflacht» (Breitschmid, N 22 zu Art. 277 ZGB; vgl. auch R. Reusser, Die Herabsetzung des Mündigkeitsalters, in: ZBJV 1995, 699 ff., 702).

Für die Bemessung des Mündigenunterhalts stünden an sich drei Methoden zur Wahl: die Berechnung auf Grund des Existenzminimums, der Vergleich mit durchschnittlichen Bedürfnissen oder die Bestimmung eines konkreten Lebensbedarfs. Gelegentlich wird erklärt, zu decken seien nur die «unvermeidbaren» Auslagen (BGER, Plädoyer 3/1998, 61). Damit würde allerdings die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern ganz vernachlässigt, die wohl mit zunehmendem Alter des Kindes an Bedeutung verliert, aber doch nicht belanglos ist (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz.06.84). Das spricht dafür, den

Grundbedarf als Ausgangspunkt zu nehmen und ihn bei gehobener finanzieller Lage der Eltern angemessen zu erweitern und zu erhöhen. Abzulehnen ist hingegen die Meinung des Beklagten, die Tochter habe auf einem für Studierende üblichen Niveau zu leben, ebenso wie jene der Klägerin, es komme nur auf ihre subjektiven Komfortbedürfnisse an, die der Vater problemlos erfüllen könne.

Das betriebsrechtliche Existenzminimum setzt sich zusammen aus einem fixen Grundbetrag für die allgemeinen Lebenskosten und einer Reihe von Zusätzen für laufende Ausgaben, namentlich für das Wohnen, die Sozialabgaben und die Studienauslagen. Der Grundbetrag ist für eine alleinstehende Person allgemein auf Fr. 1100.– angesetzt, darin sind die Kommunikationskosten und Freizeitauslagen aber schon inbegriffen. Die Wohnausgaben sollen angemessen sein und Fr. 600.– nicht übersteigen. Das ist das Maximum nach den Richtlinien der schweizerischen Budgetberatungsstellen, die hier als Erfahrungswerte durchaus tauglich scheinen. Was unter diesem Titel nicht verbraucht wird, darf anderswo ausgegeben werden (zum höheren hypothetischen Wohnbedarf im Familienrecht allgemein V. Bräm, Zürcher Kommentar, N 118A Ziff. 2.1 zu Art. 163 ZGB und zur beschränkten Wahlfreiheit während der Ausbildung im Besonderen R. Forni, Die Unterhaltspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes, in: ZBJV 1996, 429 ff., 442). Hingegen lässt es sich nicht rechtfertigen, noch einen nahezu gleich hohen Wohnanteil für Wochenendbesuche einzusetzen. Das ist kein vernünftiges Gegenstück für den Wert einer sporadischen Naturalleistung. Zwar wäre wohl mit einer Verbilligung der Krankenkassenprämien zu rechnen; zu berücksichtigen sind aber auch allfällige Franchisen und Selbstbehalte (ZR 2004, Nr. 50) und damit ist ein Betrag von Fr. 200.– hinreichend zu erklären. Die Fahrtkosten für den Stadtverkehr und die gelegentliche Heimkehr an den Wochenenden machen rund Fr. 100.– aus; ein in diesem Alter nicht mehr vergünstigtes Generalabonnement anzuschaffen, ist hingegen weder notwendig noch verhältnismässig. Die Studienkosten werden auf zirka Fr. 300.– geschätzt und das stimmt mit den Angaben der Universität überein. Steuern fallen keine an; der Leistende kann die Unterhaltsbeiträge an das mündige Kind nicht abziehen und die Empfängerin muss sie folgerichtig nicht versteuern. Dem Unterhaltspflichtigen wird ein Beitrag erst zugemutet, wenn er einen um 20 Prozent erhöhten Grundbedarf für sich behalten kann (BGE 118 II 97), und das mag in gehobenen Verhältnissen spiegelbildlich auch für die Unterhaltsberechtigten gelten. Damit umfasst der Unterhalt über das Notwendige hinaus einen Freibetrag für das Nützliche, aber nicht auch noch eine Reserve für das bloss Angenehme (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 110 zu Art. 277 ZGB).

Die Eigenverantwortung des erwachsenen Kindes geht der Unterhaltspflicht der Eltern vor (C. Hegnauer, N 92 zu Art. 277 ZGB). Es hat einem Erwerb nachzugehen, soweit die Ausbildung das erlaubt (BGE 111 II 410). Die Klägerin räumte selbst ein, dass sie in den Semesterferien verschiedene Tätigkeiten ausgeübt und damit Fr. 3000.– im Jahr verdient habe. Diesen weiterhin möglichen und zumutbaren Verdienst muss sie sich ungekürzt abziehen lassen (BGE 111 II 410, 411; ZR 1991 Nr. 5; Hausheer/Spycher, Rz. 6.84; S. Wullschleger, FamKommentar Scheidung,

N 53 zu Art. 285 ZGB). Der Studienerfolg und damit der eigentliche Unterhaltungszweck hat aber doch Vorrang, weshalb eine ausgedehnte Arbeitstätigkeit nicht leichthin verlangt werden darf und nur in einer – hier gewiss nicht gegebenen – Mangellage geboten wäre.

Gesucht ist damit noch ein Schlüssel für die Aufteilung des ungedeckten Bedarfs auf die Eltern. Der Vater erreichte als Spezialarzt früher einen Verdienst von mehr als einer Million Franken. Er gibt an, die Praxis werfe nur noch einen wesentlich tieferen Ertrag ab. Dabei mag offen bleiben, ob das ärztliche Einkommen seit der Umstellung auf den neuen Tarif allgemein unter Druck geraten sei oder nicht. Das so genannte Referenzeinkommen von Fr. 250 000.– als Zielgrösse zu nehmen, scheint jedenfalls völlig unrealistisch. Die Mutter erzielt als Logopädin einen Lohn von rund Fr. 55 000.– netto im Jahr und beziffert ihren Wertschriftenertrag mit Fr. 40 000.–. Ein Vermögensverbrauch darf nur erwartet werden, wenn die Einkünfte nicht ausreichen, um den notwendigen Bedarf des Kindes zu garantieren, und wenn das Vermögen zugleich unwirtschaftlich angelegt ist (Breitschmid, N 12 zu Art. 285 ZGB; Hegnauer, N 54 zu Art. 285 ZGB; Wullschleger, N 33 zu Art. 285; vgl. auch T. Geiser, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen, in: AJP 1993, 903 ff., 904). Hier besteht offensichtlich für die Mutter kein Anlass, die Vermögenssubstanz anzugreifen. Der Mündigenunterhalt ist vielmehr im Verhältnis der Einkommen bzw. der Einkommensüberschüsse auf die Eltern aufzuteilen, und so betrachtet erscheint die Bereitschaft der Mutter, sich monatlich mit Fr. 500.– in bar am Unterhalt der Tochter zu beteiligen, bei einem Einkommen von rund Fr. 100 000.–, das jedenfalls um ein Mehrfaches tiefer liegt als dasjenige des Vaters, durchaus genügend.

## 48

*Art. 277 Abs. 2 ZGB (SR 210).* Die Pflicht zur Leistung von Ausbildungsunterhalt ist für einen ausserehelichen Vater, der sich konsequent weigerte, eine persönliche Beziehung zum Kind aufzubauen, nicht unzumutbar. Die Unterhaltsdauer kann von einem ersten Prüfungserfolg abhängig gemacht und auf eine Regelstudienzeit beschränkt werden, wenn nach einem um mehrere Jahre verzögerten Mittelschulabschluss Zweifel daran bestehen, ob das mündige Kind sich für ein Studium eignet.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 16. August 2005*

Der aussereheliche Sohn bestand die Matura mit vierjähriger Verspätung im Alter von 23 Jahren und strebt nun ein Studium an der Universität St.Gallen an. Er hatte

nie Kontakt zum Vater und traf ihn erstmals vor Gericht. Dieser lehnte den Unterhaltsanspruch ab, weil ihm das finanziell wie persönlich unzumutbar sei und weil der eingeschlagene Ausbildungsweg den Fähigkeiten des Kindes nicht entspreche. Eine gütliche Einigung schien von vorneherein ausgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

Wirtschaftlich gesehen gilt die Unterhaltspflicht während einer Berufsausbildung des mündigen Kindes als zumutbar, wenn die Eltern leistungsfähig sind, und das wird angenommen, falls ihnen wenigstens ein erhöhter Grundbedarf verbleibt (BGE 118 II 97; P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 15 ff. zu Art. 277 ZGB). Der Beklagte behauptete zwar vor Kreisgericht, er habe im Moment als selbständiger Unternehmensberater praktisch keinen Verdienst, gab aber weiter keine Auskünfte über seine finanzielle Situation. Die Vorinstanz ging deshalb nach den früheren Steuereinschätzungen und dem weiterhin gepflegten Lebensstil davon aus, dass er noch immer ein gutes Einkommen erziele oder ein solches zumindest wieder erreichen könnte. Im Berufungsverfahren bestritt der Beklagte seine Leistungsfähigkeit nicht mehr und dabei hat es zu bleiben, weil auch ein sozialer Untersuchungsgrundsatz die Parteien nicht davon entbindet, den ihnen selbst am besten bekannten Tatsachenstoff zu liefern (J. Brönnimann, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, in: ZBJV 1990, 329 ff., 345 ff.; C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 112 zu Art. 279/280 ZGB).

Persönlich betrachtet ist die Unterhaltspflicht zumutbar, wenn das mündige Kind die Beziehung zu den Eltern nicht von sich aus leichtfertig aufgegeben hat. Gerade das wendet der Beklagte aber ein. Er habe nie irgendwelchen Umgang mit dem Kläger gehabt und die ganze Zeit nur die Rolle eines «Zahlvaters» gespielt. In der von ihm angeführten Gerichtspraxis ging es freilich immer nur um Scheidungskinder, die in den Trennungskonflikt der Eltern hineingezogen wurden, die Abneigung des einen Partners gegen den anderen übernahmen und sich auch im Erwachsenenalter nicht darum bemühten, wenigstens einen minimalen Kontakt zum verstossenen Elternteil anzuknüpfen, um das rein negative Bild mit der Realität zu vergleichen (BGE 129 III 375, 378 ff.; 113 II 374, 376 ff.; ZR 1991, Nr. 5), jedoch nie um aussereheliche Kinder, die keine Chance hatten, ihren Vater je kennen zu lernen.

Im besonderen Fall verhielt es sich nämlich so: Der Beklagte anerkannte das Kind anscheinend nur, weil ihm nach dem eindeutigen Resultat des Vaterschaftsgutachtens nichts anderes übrig blieb. Er legte aber zum Schutz seines eigenen Familienlebens grossen Wert darauf, dass das Kindesverhältnis nur auf dem Papier bestand, und eröffnete der Vormundschaftsbehörde, dass er «auf keinen Fall» mit dem Kind und der Mutter Kontakt aufnehmen wolle, auf ein Besuchsrecht definitiv verzichte und auch einer allfälligen Adoption schon im Voraus zustimme. Er verlangte zudem, den geschuldeten Unterhalt über eine neutrale Inkassostelle leisten zu können, um jeden Anschein einer Beziehung zu vermeiden, und kam seiner

Pflicht gleichwohl nur schleppend nach. So begegnete er dem Kläger zum ersten Mal an der Gerichtsverhandlung, redete ihn mit Sie an und brachte auch dadurch zum Ausdruck, dass er ihn nicht als sein eigenes Kind, sondern als Fremden betrachtet. Der Kläger seinerseits brachte vor, er habe sich immer einen Vater gewünscht und sich erst im Jugendalter damit abgefunden, dass der Beklagte nichts von ihm wissen wolle. Er habe immerhin einmal kurz nach dem 20. Geburtstag einen Versuch gemacht, über eine Beratungsstelle mit ihm in Verbindung zu treten und von seinen Ausbildungsplänen zu reden, worauf jede Reaktion ausgeblieben sei. Zwar würde er auch heute noch gerne Bekanntschaft mit dem Vater schliessen, habe aber nie den Mut aufgebracht, ihn aufzusuchen. Das ist gut nachvollziehbar: Ein Kind, das auf fortwährende Zuneigung und Präsenz seiner Eltern angewiesen wäre, kann es nicht verstehen, dass alle Kameraden einen Vater haben, während der seine unsichtbar und unerreichbar bleibt. Es mag vielleicht im Laufe der Schulzeit resignieren, wird sich aber spätestens in der Pubertät auf die Suche nach seiner Identität machen und danach fragen, woher es kommt und zu wem es gehört. Wenn es darauf noch immer keine Antwort erhält, wird man später von ihm nicht mehr verlangen dürfen, dass es über das beständige Still-schweigen und die damit implizit bekundete Ablehnung noch hinwegkommt und von sich aus auf den Vater zugeht in der fast sicheren Erwartung, von diesem erneut zurückgewiesen zu werden. Der Beklagte selbst hat das Kind ignoriert und bewusst eine Position als widerwillig unterhaltspflichtiger, aber persönlich vollkommen abwesender Elternteil bezogen. Er kann die seit der Geburt des Kindes geschaffenen Verhältnisse nicht einfach umkehren und den eigenen Entschluss zum totalen Rückzug dem mündig gewordenen Sohn anlasten. Ein Elternteil, der den Aufbau einer Beziehung derart konsequent verhindert hat, trägt dafür die alleinige Verantwortung. Er muss es als «natürliche Folge» seines Verhaltens hinnehmen, dass der erwachsene Sohn nach einem ersten gescheiterten Anlauf auf eine einseitige und offensichtlich unerwünschte Annäherung verzichtet (vgl. BGE 129 III 375, 379f.).

Eine Ausbildung ist dann angemessen, wenn sie dem Kind erlaubt, sich entsprechend seinen Fähigkeiten und Neigungen den Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 117 II 372; Breitschmid, N 12 ff. zu Art. 277 ZGB; Hegnauer, N 28 ff. zu Art. 277 ZGB). Befindet sich ein Kind bei Eintritt der Mündigkeit schon auf einem bestimmten Bildungsweg, so dauert die Unterhaltspflicht grundsätzlich fort bis zum ordentlichen Abschluss oder vorzeitigen Abbruch. Eine Matura ist noch keine Berufsbildung; vielmehr folgt darauf ordentlicherweise ein Studium (Hegnauer, N 66 f. zu Art. 277 ZGB). Allerdings kann sich das Kind nicht beliebig lange Zeit für seine Ausbildung lassen. Es muss diese mit gebotennem Ernst und gebührendem Eifer betreiben (Hegnauer, N 112 zu Art. 277 ZGB). Vereinzelt Prüfungsversagen ist aber hinzunehmen. Nicht jede Verzögerung durch einen gelegentlichen Misserfolg oder vorübergehenden «Leerlauf» ist schon als ungewöhnliche und untolerierbare Verlängerung der Ausbildungszeit aufzufassen (BGE 114 II 205; R. Forni, Die Unter-



haltungspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes, in: ZBJV 1996, 429 ff., 439 mit weiteren Hinweisen; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 06.70). Bestehen begründete Zweifel, ob die Ausbildung noch innert vernünftiger Frist abgeschlossen werden kann, darf die Fortdauer der Unterhaltungspflicht immerhin davon abhängig gemacht werden, dass das Kind weitere Prüfungen rechtzeitig besteht (Hegnauer, N 116 f. zu Art. 277 ZGB).

Nachdem der Kläger bei der Matura vier Jahre Rückstand auf seine Schulkollegen hatte, fragt es sich tatsächlich, ob die gewählte Ausbildung seinen Talenten entspricht und mit hinreichendem Engagement vorangetrieben wurde. Entscheidend dafür sind die Gründe der Verzögerung. Der Kläger wurde erst im achten Lebensjahr – das heisst ein Jahr später als normal – eingeschult, was mit seinem Asthmaleiden und mehreren Spitalaufenthalten durchaus zu erklären ist. Die Primar- und Sekundarschule durchlief er trotz krankheitsbedingten Ausfällen ohne Unterbruch. Darauf trat er nach der dritten statt schon nach der zweiten Sekundarklasse ins Gymnasium über, was jedoch für sich genommen nicht aussergewöhnlich ist. Er bestand die Aufnahmeprüfung indessen erst im zweiten Versuch nach einem Wartejahr und darin liegt wohl ein Ungenügen, das sich aber noch in einer Entwicklungsphase während der Unmündigkeit ergab und nicht allzu streng bewertet werden darf. Schliesslich musste er die zweite Kantonsschulklasse repetieren und das war ein eigentliches, in dieser Art aber doch einmaliges Misslingen. Der Kläger absolvierte die dritte und vierte Gymnasialklasse sodann ohne Einbruch und schaffte auch die Maturaprüfung auf Anhieb, obschon nicht mit einem Glanzresultat. Dauer und Erfolg des Mittelschulunterrichts scheinen damit zwar nicht ganz unbedenklich, aber doch noch annehmbar, weil der Kläger zuerst gesundheitlich handicapiert war und seine früher schwachen Leistungen in den beiden letzten Jahren steigerte. Unter diesen Umständen erscheint ein Universitätsstudium nicht schon zum Voraus als verfehlt. Freilich ist nun vom Kläger zu verlangen, dass er alle möglichen und zumutbaren Anstrengungen unternimmt, um sein Berufsziel innert kürzester Zeit zu erreichen. Das muss zweierlei bedeuten: Erstens soll der Kläger mit dem fristgemässen Abschluss der einjährigen Assessment-Stufe beweisen, dass er sich wirklich für eine akademische Ausbildung eignet, und zweitens soll er diese alsdann in der Regelstudienzeit, die auf der Bachelor-Stufe vier Semester und auf der Master-Stufe drei Semester beträgt, abschliessen. Gelingt ihm der Übertritt in das Hauptstudium nicht oder wenigstens nicht ohne Verzug, so fällt die Unterhaltungspflicht des Vaters dahin. Ergibt sich danach eine mässige und begründbare Verlängerung, so endet die Unterhaltungspflicht zwar nicht sogleich, dauert aber jedenfalls nicht über das Ende des Regelstudiums hinaus. Vorausgesetzt wird zudem, dass der Kläger genügende Fortschritte macht und sich darüber nach jedem Semester zumindest mit einer Liste der Prüfungsnoten ausweist. Solche Bedingungen aufzustellen, auch wenn der Beklagte sie nicht im Einzelnen gefordert hat, ist ohne weiteres zulässig, weil das im Vergleich zu seinem Antrag auf Abweisung der Klage ein Minus darstellt.

Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 9. November 2005, Nr. 5C.237/2005 abgewiesen.

**49**

*Art. 286 Abs. 2 ZGB (SR 210).* Der Kindesunterhalt kann nach einem Wegzug ins Ausland angepasst werden, wenn die Lebenskosten dort wesentlich tiefer liegen. Dafür liefert ein internationaler Kaufkraftvergleich nach UBS-Tabellen einen tauglichen Anhaltspunkt. Wenn aber seit der Festsetzung des Unterhalts schon geraume Zeit verstrich, ist der angemessene Bedarf des Kindes nach schweizerischen Gepflogenheiten neu zu bestimmen.

*Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 29. Juni 2005*

Die Parteien sind seit 1999 geschieden. Das Scheidungsgericht stellte das gemeinsame Kind in die elterliche Sorge der Mutter und genehmigte eine Vereinbarung, in der ein indexierter Kinderunterhalt von Fr. 750.– im Monat plus Zulage, hingegen kein nahehehlicher Unterhalt festgesetzt wurde. Anfang 2004 zog die Mutter zusammen mit der Tochter in die Türkei. Danach klagte der Vater auf Abänderung des Scheidungsurteils und verlangte im Hinblick auf die tieferen Lebenshaltungskosten im Ausland eine Herabsetzung des Kindesunterhalts. Gegen das Urteil des Kreisgerichts, in dem die Klage abgewiesen wurde, erklärt er Berufung.

Aus den Erwägungen:

Das Gericht am schweizerischen Wohnsitz des unterhaltspflichtigen Vaters ist zuständig zur Abänderung des Kindesunterhalts (Art. 64 Abs. 1 IPRG). Nach dem Haager Unterhaltsstatut-Übereinkommen wäre zwar grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes heranzuziehen. Die Schweiz hat aber im Sinne von Art. 15 den Vorbehalt angebracht, dass schweizerisches Recht angewendet wird, wenn beide Beteiligten eine schweizerische Staatsangehörigkeit haben und der Pflichtige seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Das trifft hier offensichtlich zu.

Das Gericht setzt den Kinderunterhalt bei dauernder und erheblicher Veränderung der Verhältnisse neu fest (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Für die berechtigte Person ist grundsätzlich die Situation an ihrem Wohnort massgebend (P. Breitschmid, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 285 ZGB). Der Aufenthalt im Ausland kann somit zu einer Anpassung des Unterhaltsbeitrags führen, sofern der Bedarf dort wesentlich tiefer ist (S. Wullschleger, Fam-Kommentar Scheidung, N 14 Art. 285 ZGB und N 7 zu Art. 286 ZGB). Immerhin erlaubt die Leistungsfähigkeit des in der Schweiz lebenden Unterhaltsschuldners gewöhnlich eine etwas grosszügigere Bemessung des Unterhalts (Breitschmid, N 25 zu Art. 285 ZGB).

Das bedeutet, dass zunächst das Kaufkraftniveau im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Türkei bestimmt werden muss. Umstritten ist hier, auf welche

statistischen Werte abzustellen ist: Der Kläger beruft sich auf eine st.gallische Liste betreffend Zulagenansätze im Ausland, der zufolge Kinder in der Türkei nur einen Anteil von einem Viertel erhalten. Freilich lässt sich daraus keine feste Regel ableiten, wonach Zulagen für Kinder im Ausland immer entsprechend der Kaufkraft herabgesetzt würden. So werden etwa in der Landwirtschaft die Zulagen unabhängig vom Wohnort der Kinder ausbezahlt. Die kantonale Liste ist mitunter auch widersprüchlich. Für Kinder in Portugal werden beispielsweise die vollen Zulagen ausgerichtet, obschon das Preisniveau dort tiefer liegt als in der Türkei. Sie beruht sodann auf den Zahlen des World Bank Atlas 2004, der geografisch betrachtet nicht auf städtische Verhältnisse zugeschnitten und zeitlich gesehen nicht mehr ganz aktuell ist.

Für eine einfache und doch einigermaßen brauchbare Ermittlung der Lebenshaltungskosten wird in der Gerichtspraxis vielmehr an die von einer Grossbank ([www.ubs.com](http://www.ubs.com) → Privatpersonen/Wealth Management in der Schweiz → Research → Preise und Löhne) herausgegebenen internationalen Kaufkraftvergleiche oder Verbrauchergeldparitäten angeknüpft, die auch den Wechselkurs einbeziehen und damit effektiv sagen, um wie viel ein Land billiger oder teurer ist als das andere (Bundesgericht, 18.2.2002, 5.C/290.2001 und 11.6.2002, 5C.6/2002; Obergericht Zürich, in: SJZ 1992, 67; Breitschmid N 26 zu Art. 285 ZGB; Wullschleger, N 14 zu Art. 285 ZGB). Diese Vergleiche gehen zudem anders als der World Bank Atlas von einem nach westlichen Konsumgewohnheiten zusammengestellten Warenkorb aus, und auch das ist hier angezeigt. Das Kind soll grundsätzlich den gewohnten Lebensstandard nach schweizerischem Zuschnitt beibehalten können, weil es in der Schweiz aufwuchs und weil der Vater noch immer im Inland lebt.

Die Tochter wollte ursprünglich zur Förderung ihrer offensichtlichen Begabung in Izmir eine Mittelschule mit Schwerpunkt Musik besuchen. Nun soll sie zusammen mit Mutter und Stiefvater nach Istanbul umgezogen sein und dort neben dem Gymnasium Musikunterricht erhalten. Wo sie zur Schule geht und wie sich ihre Ausbildung im Einzelnen gestaltet, ist aber gar nicht entscheidend: Sowohl Istanbul wie Izmir sind Millionenstädte mit verhältnismässig hohen Lebenskosten. Das Niveau für Istanbul ergibt sich aus einem Mittelwert zwischen den Preisen ohne Miete von rund 75 Prozent und denjenigen mit Miete von gegen 90 Prozent). Der Lebensbedarf des Kindes in der Türkei kann also mit zirka 80 Prozent des für die Schweiz angemessenen Unterhaltsbeitrags gedeckt werden.

Zu fragen bleibt, ob diese Veränderung als erheblich zu gelten hat. Das Gericht ändert die ursprüngliche Regelung des Unterhalts so ab, dass sie den Kriterien von Art. 285 Abs. 1 ZGB wieder entspricht (C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 89 zu Art. 286 ZGB). Dabei ist es zwar grundsätzlich an die von der Veränderung nicht betroffenen Faktoren der früheren Regelung gebunden. Je weiter diese zurückliegen, um so mehr Gewicht kommt aber den heutigen Verhältnissen zu (Hegnauer, N 90 zu Art. 286 ZGB). In diesem Fall wurde der Unterhaltsbetrag von Fr. 750.– im Monat bei der Scheidung der Eltern im Jahre 1999 festgelegt, folgte seither ledig-

lich der Teuerung und beläuft sich nun auf Fr. 795.–. Massstab bildet damit nicht mehr allein der seit längerer Zeit geltende bisherige Unterhaltsbeitrag im Sinne eines reinen Bestandesschutzes, sondern auch der künftig angemessene Bedarf des Kindes nach schweizerischen Gepflogenheiten. Der Grundbedarf einer 15-jährigen Jugendlichen umfasst in der Schweiz wenigstens den betriebsrechtlichen Kinderzuschlag von Fr. 500.–, der freilich sehr knapp bemessen ist und nach Möglichkeit um 20 Prozent angehoben werden sollte (Kantonsgericht St.Gallen, in: FamPra.ch 2001, 396 ff.), die Krankenkassenprämien von etwa Fr. 50.– sowie einen verhältnismässigen Wohnanteil von rund Fr. 350.–. Damit ist ein minimaler Barbedarf von Fr. 1000.– ausgewiesen, der dem Preisniveau von 80 Prozent anzupassen, demnach auf Fr. 800.– festzusetzen wäre und folglich mit dem bisher geschuldeten Unterhaltsbeitrag samt reduzierter Kinderzulage gerade noch bestritten werden könnte. Dabei ist aber nicht berücksichtigt, dass der Kläger, der bei der Scheidung Fr. 6800.– bzw. indexbereinigt Fr. 7200.– im Monat verdiente, heute Erwerbseinkünfte von mindestens Fr. 7700.– erzielt. Er lebt damit nicht in ganz bescheidenen, sondern in mittleren finanziellen Verhältnissen, weshalb auch das Kind grundsätzlich nicht bloss Anspruch auf das Existenzminimum, sondern einen solchen auf Teilhabe an seinem gehobeneren Lebensstandard hätte. Würden etwa die Zürcher Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder ([www.ajb.zh.ch](http://www.ajb.zh.ch) → Zahlen & Fakten → durchschnittlicher Unterhaltsbedarf) angewendet, so ergäbe sich ein wesentlich höherer Betrag. Zudem wird die Veränderung eines Bemessungsfaktors, also die Verminderung der Lebenskosten, durch eine andere gegenläufige, nämlich den Einkommenszuwachs beim Unterhaltspflichtigen, teilweise ausgeglichen (Hegnauer, N 87 zu Art. 286 ZGB). Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Abklärungen. Es steht fest, dass das Kind zumindest auf Unterhalt in bisheriger Höhe angewiesen bleibt und dass dem Vater dessen Bezahlung weiterhin zugemutet werden kann.

## 50

*Art. 369 f. ZGB (SR 210).* Eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nach Art. 369 ZGB geht jener wegen Charakterschwächen nach Art. 370 ZGB vor. Bei Abgrenzungsschwierigkeiten ist in jedem Fall ein Gutachten einzuholen und nicht einfach eine Entmündigung gestützt auf Art. 370 ZGB auszusprechen, um eine Begutachtung zu vermeiden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 24. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

3. Zu prüfen sind die materiellen Voraussetzungen für die Entmündigung nach Art. 370 ZGB. Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die durch Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandel oder durch die Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet. Die vier in Art. 370 ZGB genannten Entmündigungsgründe haben je selbständige Bedeutung und sind eng auszulegen. Ihnen gemeinsam ist, dass sie durch tiefgreifende Mängel an Verstand oder Willen und nicht einfach durch ethisch verwerfliche Verhaltensweisen verursacht werden (Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II/3/1, 3. Aufl. 1984, N 6 zu Art. 370 ZGB). Die Beeinträchtigung des Verstandes oder Willens ist in allen Fällen des Art. 370 ZGB charakterlich bedingt, d. h. durch die Prägung, die dem affektiv-triebhaften und dem willensmässigen Reaktionsmuster des Individuums zugrunde liegt (Schnyder/Murer, a. a. O., N 16 zu Art. 370 ZGB).

Lediglich gestützt auf Art. 369 ZGB ist zu entmündigen, wenn Geistesschwäche oder Geisteskrankheit neben einem Entmündigungsgrund nach Art. 370 ZGB gegeben ist, etwa wenn die Trunksucht die Folge schwerer psychischer Störungen ist oder schwere psychische Störungen verursacht, die als Geisteskrankheit oder Geistesschwäche im Sinne von Art. 369 ZGB zu qualifizieren sind. Die Abgrenzung zwischen Geisteskrankheit/Geistesschwäche und den Charakterschwächen (Mangel an Verstand oder Wille), mit denen Verschwendung, Misswirtschaft oder lasterhafter Lebenswandel einhergehen, bereitet oft Schwierigkeiten. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist deshalb in den meisten Fällen, in denen eine Entmündigung nach Art. 370 ZGB in Betracht gezogen wird, angezeigt, weil die Frage, ob eine Geisteskrankheit oder -schwäche vorliegt, nicht offen gelassen werden darf. Nur wenn der Mangel an Verstand oder Wille aus der Sicht des besonnenen Laien noch nicht als Geisteskrankheit oder Geistesschwäche empfunden wird, fällt die Anwendung des Entmündigungsgrundes nach Art. 370 ZGB in Betracht (E. Langenegger, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl. 2002, N 8 zu Art. 370 ZGB, N 19 zu Art. 369 ZGB; Schnyder/Murer, a. a. O., Vorbemerkungen zu Art. 369–375 ZGB, NN 29 und 127 zu Art. 370 ZGB; H. M. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl. 1997, § 4 N 55; BGE 85 II 463).

a) Die Vorinstanz hat die Entmündigung des Klägers gestützt auf Art. 370 ZGB damit begründet, dass dieser durch sein Verhalten die Integrationsbemühungen der IV verweigere und damit die Chance zur wirtschaftlichen Selbständigkeit verpasse. Mit dem Abbruch der Therapie bei der Sozialpsychiatrischen Beratungsstelle in Wil bestehe die Gefahr, dass er wieder an krankhaften Wahn- und Verfolgungswahnideen leide. Mit der Verweigerung der Medikamenteneinnahme und der Therapie sei eine erneute Einweisung in die Kantonale Psychiatrische Klinik (KPK)

Wil wahrscheinlich. Der Kläger sei aus eigenem Antrieb nicht in der Lage, das Einkommen für eine selbständige Lebensführung aufzubringen. Er widersetze sich allen Hilfsbemühungen und es drohe ihm damit die wirtschaftliche und soziale Ausgrenzung sowie die Verwahrlosung.

b) Den Akten ist zu entnehmen, dass der Kläger bereits in jungen Jahren unter depressiven Episoden litt und einen exzessiven Cannabiskonsum betrieb. Da er im Elternhaus durch sein auffälliges Verhalten (Cannabiskonsum, Depressionen, nächtliche Betriebsamkeit, Untätigkeit tagsüber) zunehmend zu einer Belastung wurde, zog er im November 2001 aus und lebte in der Folge bis 2003 teilweise unter chaotischen Bedingungen – arbeitslos und meist sozialhilfeabhängig – in Winterthur, Baden und Schaffhausen. Schon damals litt er zunehmend unter Beeinträchtigungs-, Bedrohungs- und Verfolgungsängsten und glitt in eine immer tiefere Verwahrlosung, so dass ihn sein Hausarzt in psychiatrische Behandlung überwies, welche vom Kläger nach einmaligem Besuch der Therapie abgebrochen wurde. Anlässlich seines Aufenthaltes in Peru im März 2003 wurde der Kläger psychisch so auffällig, dass er dort in eine psychiatrische Klinik zwecks neuroleptischer Behandlung eingewiesen wurde. Es wurde bei ihm eine paranoide Schizophrenie (Verfolgungsideen, Rückzug aus Angst) diagnostiziert. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz im April 2003 setzte er im Sommer 2003 die Medikamente ab und nahm auch das Betreuungsangebot bei seinem Hausarzt und bei seinem Psychologen nur noch in unregelmässigen Abständen wahr, was zur Folge hatte, dass sich sein psychischer Zustand wieder verschlechterte, indem er unter erheblichen Verfolgungs- und Vergiftungsängsten litt, die unter anderem zu einem fast vollständigen sozialen Rückzug führten.

Höhepunkt dieser Entwicklung war seine zwangsweise Einweisung in die KPK Wil im Oktober 2003. Der ärztliche Fachrichter der Verwaltungsrekurskommission, welcher den Kläger damals im Rahmen seines gegen die fürsorgerische Freiheitsentziehung eingeleiteten Klageverfahrens begutachtete, diagnostizierte bei ihm ebenfalls eine paranoide Schizophrenie. Die Verwaltungsrekurskommission kam im Entscheid vom 23. Oktober 2003 zum Schluss, dass beim Kläger eine Geisteskrankheit gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB vorliege (vgl. VRKE vom 23. Oktober 2003 in Sachen D. G., S. 13). Nach seiner Entlassung aus der KPK Wil im April 2004 trat er in eine betreute Wohngemeinschaft ein, wo er in der Folge sowohl die Therapieangebote als auch die beruflichen IV-Integrationsversuche verweigerte und auch die Medikation absetzte. Der Kläger verhielt sich zusehends aggressiv, uneinsichtig und zog sich immer mehr zurück, was die Heimleitung der Wohngemeinschaft im Februar 2005 zu einer fristlosen Kündigung des Miet-/Wohngemeinschaftsvertrages veranlasste. Der Kläger zog daraufhin in ein Hotelzimmer, wo er am 15. März 2005 das Fahrzeug eines anderen Hotelgastes absichtlich beschädigte. Er begründete dies damit, dass er sich von dessen stechenden Blicken provoziert gefühlt habe und eine innere Stimme ihm gesagt habe, er müsse dessen Auto zerkratzen. Das Untersuchungsamt Uznach trat auf die Strafklage mit Verfügung vom 29. März

2005 nicht ein, weil es davon ausging, dass der Kläger aufgrund des abnormen Zustandes seiner Psyche im Tatzeitpunkt nicht zurechnungsfähig gewesen sei. Seine im Mai 2005 angetretene Reise nach Spanien endete damit, dass ihn die schweizerische Vertretung in Madrid aufgrund seines dort an den Tag gelegten äusserst auffälligen Verhaltens wieder in die Schweiz zurückschickte.

Die Vorgeschichte des Klägers zeigt ganz deutlich, dass sein gesamtes auffälliges Verhalten und die von der Vorinstanz geltend gemachte Gefahr seiner Verwahrung nicht in einem blossen Charaktermangel bzw. charakterbedingten Mangel an Verstand oder Willen zu suchen ist, wie er für eine Entmündigung nach Art. 370 ZGB vorausgesetzt wird. Die Ursache dafür liegt vielmehr in seinem psychischen Gesundheitszustand begründet. Mehrfach wurde bei ihm von den Ärzten eine paranoide Schizophrenie diagnostiziert. Der Kläger leidet unbestrittenermassen seit Jahren unter einer schweren psychischen Störung. Unter diesen Umständen geht es, wie oben ausgeführt, nicht an, den Kläger gestützt auf Art. 370 ZGB zu entmündigen, weil er diesen Entmündigungsgrund nur durch sein auffälliges Verhalten, das Ausfluss seiner psychischen Krankheit ist, in objektiver Hinsicht erfüllt. Wie oben dargelegt, ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens nach Art. 374 Abs. 2 ZGB unumgänglich, da sich vorliegend die Frage stellt, ob eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit bzw. Geistesschwäche nach Art. 369 ZGB erforderlich ist. Bezeichnenderweise räumt die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 17. März 2005 zur Klageergänzung vom 21. Februar 2005 ein, dass der Kläger nach Art. 369 ZGB und nicht nach Art. 370 ZGB hätte entmündigt werden müssen. Dass sie sich dennoch für eine Entmündigung nach Art. 370 ZGB entschieden hat, begründet sie damit, dass sie die erneute Anordnung einer fürsorglichen Freiheitsentziehung zwecks Begutachtung habe vermeiden und dem Kläger mit einer Entmündigung nach Art. 369 ZGB nicht das Stigma der «Geisteskrankheit» für sein künftiges Leben habe auferlegen wollen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Verfahrensgegenstand nicht in der Disposition der Parteien steht (Offizialmaxime) und es damit nicht zulässig ist, die Frage der Geisteskrankheit oder -schwäche offen zu lassen und die Entmündigung gestützt auf Art. 370 ZGB auszusprechen, um eine Begutachtung zu vermeiden (Th. Geiser, in: Basler Kommentar, a. a. O., N 18 zu Art. 374 ZGB). Die Frage, ob eine Geisteskrankheit oder -schwäche vorliegt, muss im Rahmen eines Sachverständigengutachtens, das sich über die Notwendigkeit einer vormundschaftlichen Massnahme über den Kläger ausspricht, abgeklärt werden.

c) Da im heutigen Zeitpunkt nicht nachgewiesen ist, dass die Voraussetzungen für eine Entmündigung nach Art. 370 ZGB erfüllt sind, ist der angefochtene Beschluss der Vormundschaftsbehörde antragsgemäss aufzuheben. Die Aufhebung erfolgt nicht ersatzlos, vielmehr ist die Streitsache in Anwendung von Art. 71d in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zurückzuweisen. Aufgrund der Akten bestehen erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger einer vormundschaftlichen Massnahme, z. B. Entmündigung nach Art. 369 ZGB, bedarf, weil er krank-

heitsbedingt der Fürsorge und des Beistandes bedarf und nicht in der Lage ist, seine persönlichen Angelegenheiten selbst zu besorgen. Mit der Rückweisung der Streitsache hat die Vorinstanz abzuklären, ob der Entmündigungsgrund der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gemäss Art. 369 ZGB vorliegt. Zu diesem Zweck ist ein Gutachten zweier Sachverständiger – darunter entweder der Bezirksarzt oder der Arzt einer staatlichen Heilanstalt (vgl. Art. 67 Abs. 2 Satz 1 EG zum ZGB) – notwendig (Art. 374 Abs. 2 ZGB; vgl. in diesem Zusammenhang GVP 2004 Nr. 41). Die Begutachtung kann in einer psychiatrischen Klinik gestützt auf Art. 397a ff. ZGB geschehen, wenn diese ambulant nicht möglich ist (Art. 67 Abs. 2 Satz 2 EG zum ZGB; GVP 1989 Nr. 20 und 21). Dabei rechtfertigen konkrete Anhaltspunkte für eine akute Notwendigkeit einer vormundschaftlichen Massnahme eine Freiheitsentziehung zu Untersuchungszwecken (Geiser, a. a. O., N 17 f. zu Art. 374 ZGB, N 16 zu Art. 397a ZGB; Schnyder/Murer, a. a. O., N 119 ff. zu Art. 374 ZGB). Vorliegend ist dem Kläger deshalb zuerst die Möglichkeit zu geben, sich freiwillig einer ambulanten Begutachtung, sinnvollerweise durch die sozialpsychiatrische Beratungsstelle, zu unterziehen. Erst wenn eine freiwillige ambulante Begutachtung durch das Verhalten des Klägers verunmöglicht wird, ist eine stationäre Begutachtung anzuordnen.

## 51

*Art. 395 Abs. 1 und Art. 439 Abs. 3 ZGB (SR 210).* Die Mitwirkungsbeiratschaft setzt einen Entmündigungsgrund sowie eine entsprechende Schutzbedürftigkeit voraus. Ein Aufhebungsgrund liegt vor, wenn eine dieser beiden Voraussetzungen weggefallen ist oder die Massnahme nicht mehr als verhältnismässig erscheint.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 4. März 2005*

Aus den Erwägungen:

3. Analog zur Entmündigung setzt auch die Aufhebung einer schwächeren vormundschaftlichen Massnahme wie der Beiratschaft grundsätzlich voraus, dass sich die Verhältnisse seit deren Anordnung nachträglich verändert haben, es sei denn, es würde sich erweisen, dass die Beiratschaft gar nie notwendig war (Th. Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl. 2002, N 6 zu Art. 433 ZGB und N 3 zu Art. 437 ZGB). Die Errichtung bzw. der Fortbestand einer Beiratschaft setzt das Vorliegen eines Entmündigungsgrundes sowie einer entsprechenden Schutzbedürftigkeit voraus. Ferner muss die Massnahme verhältnismässig sein. Die nachträgliche Veränderung kann sich so-



wohl auf die tatsächlichen als auch auf die rechtlichen Verhältnisse (Gesetzes- oder Praxisänderung) beziehen. Eine massgebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse liegt insbesondere vor, wenn der Entmündigungsgrund und/oder die Schutzbedürftigkeit weggefallen sind. Ein Aufhebungsgrund ist mit anderen Worten auch gegeben, wenn ein Entmündigungsgrund weiterhin vorliegt, aber keine besondere Schutzbedürftigkeit mehr gegeben ist. Ferner ist bei einem Begehren um Aufhebung der Verbeiratsung der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ebenfalls zu beachten. Nur solange die Verbeiratsung notwendig ist, ist sie zulässig. Hat die Behörde den Fortbestand einer Beiratschaft zu prüfen, muss sie insbesondere auch klären, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip es nicht erfordert, die Beiratschaft durch eine Beistandschaft oder eine Massnahme der freiwilligen Sozialhilfe zu ersetzen (Geiser, a. a. O., N 15 zu Art. 439 ZGB).

a) Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, ihr Beirat könne sie in keiner Art und Weise unterstützen. Er helfe ihr auch nicht, um gegen die seit 13 Jahren stattfindende, grundlose Schädigung ihrer Familie vorzugehen. Das ganze Rheintal rede schlecht über sie. Täglich werde sie beschimpft als «Mörderin, Hure, Mafia, Tubel, Verbrecherin» etc. Auch die Behörden hätten bei der Schädigung mitgeholfen, es liege Amtsmissbrauch vor. Sie könne beweisen, dass sie handlungsfähig und gesund sei, sie habe Zeugen dafür. Sie verlange Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 2 000 000.–, damit sie von ihrem Wohnort wegziehen könne. Ihre Ehre müsse wiederhergestellt werden. Aus diesen Gründen müsse die Mitwirkungsbeiratschaft aufgehoben werden.

Die Vorinstanz macht geltend, die Klägerin habe seit ihrer Verbeiratsung in bekannter Manier weiterhin Klageschriften an ihren Beirat, die Vormundschaftsbehörde, den Vermittler, den Polizeiposten, das Untersuchungsamt etc. verbreitet. Seit dem 21. Mai 2002 seien allein bei der Vormundschaftsbehörde 185 Telefonanrufe mit den stets gleich lautenden, stereotypen Anschuldigungen der Klägerin registriert worden. Deren gesamtes Verhalten zeige, dass die verfügte Massnahme nach wie vor angebracht und notwendig sei, weshalb auf die Einholung eines ärztlichen Gutachtens verzichtet worden sei.

b) Für die Klägerin wurde mit Beschluss der Vorinstanz vom 7. März 2000 wegen Vorliegens einer Geisteskrankheit eine Mitwirkungsbeiratschaft errichtet. Nachdem die Vorinstanz ein Aufhebungsgesuch der Klägerin abgelehnt hatte, überprüfte die Verwaltungsrekurskommission die Massnahme mit Entscheid vom 22. März 2002 (VRKE V-2001/95) und kam ebenfalls zum Schluss, dass bei der Klägerin eine Geisteskrankheit im juristischen Sinn vorliege und die verfügte Mitwirkungsbeiratschaft zu Recht bestehe. Ende 1999 war die Klägerin vor der Errichtung der Beiratschaft von zwei Ärzten (darunter der Bezirksarzt) untersucht worden. Beide diagnostizierten damals das Vorliegen einer Wahnerkrankung, indem die Klägerin sich von anderen Leuten verfolgt und belästigt fühle und diese einklagen wolle. Ferner befand sich ein weiteres psychiatrisches Gutachten vom 24. Juli 2001 bei den Akten, worin ein seit Jahren bekannter Belästigungs- und Verfolgungswahn

beschrieben wurde. Auch der bereits damals als Fachrichter eingesetzte Psychiater bestätigte, dass die Klägerin an einer paranoiden Wahnerkrankung und damit an einer Geisteskrankheit im medizinischen Sinn leide. Auch anlässlich der heutigen Verhandlung hielt er an dieser Diagnose fest. Differentialdiagnostisch handle es sich bei der Wahnerkrankung entweder um eine sensitive Persönlichkeitsstörung mit paranoider Charakterstruktur, eine einfache paranoide Entwicklung oder um eine chronische Schizophrenie. Die Klägerin höre in stereotyper Art und Weise Stimmen, die sie beschimpfen. Die Urteilsfähigkeit sei eingeschränkt, die Klägerin sei auf das Rufmordthema fixiert und könne Wesentliches nicht mehr vom Unwesentlichen unterscheiden. Wegen dieser Erkrankung habe sie im Jahr 2000 auch eine IV-Rente zugesprochen erhalten. Die Prognose für die Zukunft sei schlecht. Auch bei einer bisher nicht erfolgten medikamentösen Behandlung würde sich nicht viel ändern. Die Klägerin leide somit unverändert an einer paranoiden Wahnerkrankung und damit an einer Geisteskrankheit im medizinischen Sinn.

Im Gegensatz zur Anordnung bzw. Aufhebung einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, wo das Gesetz zwingend die Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen verlangt (vgl. Art. 369 und 436 ZGB), besteht weder für die Errichtung der Mitwirkungsbeiratschaft noch für deren Aufhebung eine Begutachtungspflicht (Deschenaux/Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 3<sup>ème</sup> éd. 1995, Rz. 1146; Geiser, a. a. O., N 7 zu Art. 436 ZGB und N 14 zu Art. 439 ZGB; Schnyder/Murer, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band II/3/1, 3. Aufl. 1984, N 141 f. zu Art. 374 ZGB). Auch das Bundesgericht hat es abgelehnt, eine formelle Begutachtungspflicht bei der Anordnung einer Beirat- oder Beistandschaft anzunehmen (BGE 113 II 231 f.). Es sei jeweils aufgrund des Einzelfalles zu entscheiden, ob eine Begutachtung notwendig sei (Geiser, a. a. O., N 18 zu Art. 374 ZGB). Aufgrund des seit langem unveränderten Zustandes der Klägerin sowie der eindeutigen medizinischen Diagnose anlässlich der Errichtung der Beiratschaft, der Überprüfung der Massnahme am 22. März 2002 sowie der heutigen Verhandlung war die Vorinstanz im vorliegenden Fall nicht verpflichtet, ein neues Gutachten einzuholen. Insbesondere aufgrund der aktuellen überzeugenden Ausführungen des ärztlichen Fachrichters ist davon auszugehen, dass die Klägerin nach wie vor an der erwähnten Wahnerkrankung und damit an einer Geisteskrankheit im medizinischen Sinn leidet.

Aufgrund des aktuellen Verhaltens der Klägerin muss auch im heutigen Zeitpunkt von einer Geisteskrankheit im juristischen Sinn ausgegangen werden. Die Klägerin ist nach wie vor der festen Überzeugung, im ganzen Rheintal seit Jahren das Opfer von Rufmord zu sein. Auch der Beirat und die Behörden hätten mitgeholfen, dass ihre Familie geschädigt worden sei, man wolle sie sogar umbringen. Von den Behörden würden nur geistesgestörte Leute unterstützt. Sie wirft diesen daher Amtsmissbrauch vor. Es seien auch falsche Gutachten erstellt und ihr mit Lügengeschichten eine Beiratschaft angehängt worden. Sie sei aber vollkommen gesund und die Beiratschaft müsse aufgehoben werden. Für all ihre Behauptungen

habe sie Zeugen. Für die zugefügte Schädigung verlange sie von den Behörden Schadenersatz und Genugtuung in der Höhe von Fr. 2 000 000.–. Trotz aller Beteuerungen ist es der Klägerin jedoch bis heute nicht gelungen, die von ihr erwähnten schriftlichen Beweise vorzulegen. In ihrem Wahnsystem stecken sämtliche Behörden und Privatleute im Rheintal sowie an ihrem früheren Wohnort unter einer Decke mit dem Ziel, ihr und ihrer Familie Schaden zuzufügen. Auch heute berichtet die Klägerin unverändert, dass alle Leute im Rheintal täglich über sie reden und falsche Anschuldigungen verbreiten würden. Wie sie jedoch von diesen Vorgängen erfährt, konnte sie nicht in schlüssiger Weise erklären. Wenn sie jemanden sehe, wisse sie einfach, dass diese Person über sie rede. Diese Äusserungen der Klägerin sind für einen besonnenen Laien nicht mehr einfühlbar. Deren Vorstellungen über das Ausmass der Beschuldigungen im ganzen Rheintal und die Höhe des ihr zustehenden Schadenersatzes grenzen an Grössenwahn. Auffällig ist zudem, dass für die Klägerin kaum mehr ein anderes Thema existiert. Der fiktive Rufmord bestimmt ihr ganzes Leben. In ihrem Wahn verfasst sie unzählige Schreiben mit immer denselben Inhalten, die sie an die Vorinstanz, den Beirat, die Polizei, das Untersuchungsamt etc. richtet. Die Vorinstanz hat seit August 2002 38 Schreiben direkt oder indirekt über Dritte erhalten, der Beirat deren 76. Zudem sind bei der Vorinstanz innerhalb von 29 Monaten 185 Telefonanrufe der Klägerin eingegangen. Auch die Verwaltungsrekurskommission erhielt von der Klägerin in den letzten Jahren immer wieder zahlreiche Anrufe, in denen diese stets dieselben Anschuldigungen gegen Behörden, Nachbarn und Schüler erhob.

Es muss festgestellt werden, dass gegenüber der letzten materiellen Beurteilung im März 2002 weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht eine grundlegende Änderung stattgefunden hat. Insgesamt erreichen die deutlichen Störungszeichen damit auch heute eindeutig den Schwellenwert der Uneinflüßbarkeit für einen besonnenen Laien. Es liegt eine Geisteskrankheit im juristischen Sinn und folglich ein Entmündigungsgrund im Sinne von Art. 369 Abs. 1 ZGB vor.

c) Wie die Bevormundung setzt auch die Verbeiratung eine Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person voraus. In Art. 395 Abs. 1 ZGB wird diese mit der Notwendigkeit, zum Schutze der betroffenen Person deren Handlungsfähigkeit zu beschränken, umschrieben. Aus dem gesamten Kontext ist abzuleiten, dass die gleiche Schutzbedürftigkeit erforderlich ist wie bei der Entmündigung, allerdings mit Blick auf die geringeren Wirkungen der Verbeiratung im Vergleich dazu in einem geringeren Ausmass. Die quantitativ verminderte Schutzbedürftigkeit hat sich zudem zwangsläufig aus den Wirkungen der jeweiligen Art der Beiratschaft zu ergeben. Im Falle der Mitwirkungsbeiratschaft handelt es sich um urteilsfähige, mündige Personen, die zwar zur täglichen Verwaltung ihres Vermögens sowie zur sachgerechten Verwendung ihres Einkommens fähig sind, jedoch bei der Vornahme aller oder auch nur einzelner der in Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 bis 9 ZGB genannten Geschäfte ohne Mitwirkung eines Beirats ihre materielle Existenz gefährden würden, wobei es reicht, wenn das laufende Einkommen gefährdet wird (Schnyder/Murer, a. a. O.,

N 54 zu Art. 395 ZGB). Oft geht es bei der Beiratschaft darum, die betroffene Person in wirtschaftlicher Hinsicht vor ihrer eigenen, ihr immer wieder «Streiche spielenden» Handlungsfähigkeit zu schützen (Geiser, a. a. O., N 4 f. zu Art. 395 ZGB; Schnyder/Murer, a. a. O., N 37 zu Art. 395 ZGB). Ursprünglich war die Verbeiratung vom Gesetzgeber nur als Hilfe in wirtschaftlichen Angelegenheiten vorgesehen. Nicht zu den Aufgaben des Beirates gehörte daher nach früherer Praxis die persönliche Fürsorge. In einem Entscheid aus dem Jahr 1970 hielt das Bundesgericht fest, dass auch im Rahmen einer Beiratschaft Fürsorge und Beratung gewährt werden dürften (BGE 96 II 369 ff.). Bei psychischen Störungen als Ursache einer vormundschaftlichen Massnahme besteht die Schutzwürdigkeit nach Art. 369 Abs. 1 ZGB entweder in der Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten, einem dauernden Bedürfnis nach Beistand und Fürsorge oder einer Gefährdung der Sicherheit anderer (Schnyder/Murer, a. a. O., N 94 ff. zu Art. 369 ZGB). Dabei darf jedoch die Beiratschaft nicht ganz von ihrer ursprünglichen, wirtschaftlichen Konstellation getrennt werden. Sie ist daher zulässig, wenn auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine Hilfsbedürftigkeit besteht (H. M. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl. 1997, § 5 N 4; Pra 79 Nr. 89). Ausschliesslich zum Schutze Dritter ist es nicht gestattet Querulanten zu verbeiraten (ZBI 50/1949, S. 480 f.). Da die Mitwirkungsbeiratschaft nicht allzu stark in die Handlungsfähigkeit eingreift, dürfen an die Voraussetzungen ganz allgemein etwas weniger strenge Anforderungen gestellt werden als bei der Verwaltungsbeiratschaft (Schnyder/Murer, a. a. O., N 70 zu Art. 395 ZGB).

Aufgrund der unveränderten Situation besteht bei der Klägerin nach wie vor eine Schutzbedürftigkeit in wirtschaftlicher Hinsicht. Die von ihr angestrebten Ehrverletzungs-, Schadenersatz- und Genugtuungsprozesse über hohe Summen könnten für sie sehr negative finanzielle Folgen haben, insbesondere wenn Anwälte beigezogen würden. Da die Klägerin und ihr Ehemann über jährliche Einkünfte von rund Fr. 57 000.– und ein Wertschriftenvermögen von rund Fr. 36 000.– verfügen (gemäss Steuererklärung 2003), würden solche Prozesse bald einmal deren wirtschaftliche Existenz gefährden. Die für eine Mitwirkungsbeiratschaft erforderliche Hilfsbedürftigkeit ist damit unverändert vorhanden. Auch in persönlicher Hinsicht wäre die Klägerin auf Unterstützung angewiesen. Wie es scheint, führt sie zusammen mit ihrem Ehemann ein sehr zurückgezogenes Leben. Eine tragfähige Beziehung zu einer Vertrauensperson wäre für sie daher sicher wichtig. Persönliche Fürsorge kann jedoch nur bei entsprechendem Einverständnis der Klägerin gewährt werden. Diese lehnt ihren Beirat jedoch in jeder Hinsicht ab.

d) Da auch im heutigen Zeitpunkt sowohl ein Entmündigungsgrund als auch eine entsprechende dauernde Schutzbedürftigkeit vorliegen, ist die bestehende Mitwirkungsbeiratschaft beizubehalten. Diese ist das geeignete Mittel, um die Klägerin vor aussichtslosen, finanzielle Verluste bergenden Prozessen abzuhalten. Gemäss Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist nämlich die Mitwirkung des Beirats für die Prozessführung und den Abschluss von Vergleichsentscheidungen zwingend notwendig. Die

Klägerin kann daher – abgesehen vom vorliegenden Verfahren betreffend Aufhebung dieser Massnahme – allein keine Prozesse führen. Diese Massnahme erweist sich zudem nach wie vor als verhältnismässig. Es ist kein milderer Eingriff möglich, mit dem diese Wirkung erzielt werden kann. Wie die Vergangenheit gezeigt hat, ist die Klägerin aufgrund ihrer Wahnerkrankung nicht in der Lage, von sich aus auf sinnlose prozessuale Handlungen zu verzichten. Mangels Krankheits-einsicht und medikamentöser Behandlung ist sie weiterhin bestrebt, diverse Behörden und Nachbarn ohne realen Grund auf Ehrverletzung und Schadenersatz zu verklagen. Die Mitwirkungsbeiratschaft ist notwendig und geeignet, die Klägerin von diesem selbstschädigenden Verhalten abzuhalten, ohne dass eine Entmündigung notwendig wäre. Somit erweist sich die bestehende Mitwirkungsbeiratschaft bei der Klägerin nach Art. 395 Abs. 1 ZGB als verhältnismässig. Die Klage ist daher abzuweisen.

## 52

*Art. 397 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 373 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 64 Abs. 2 EG zum ZGB (sGS 911.1).* Der Anzeiger hat im Gegensatz zum Antragsberechtigten im Verfahren betreffend Verbeiständung von Erwachsenen keine Parteistellung und keinen Anspruch auf einen Sachentscheid.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 14. Oktober 2005*

Aus den Erwägungen:

1. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

a) Verfügungen der Vormundschaftsbehörde betreffend Verbeiständung von Erwachsenen können innert zehn Tagen mit öffentlich-rechtlicher Klage bei der Verwaltungsrekurskommission angefochten werden (Art. 397 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 373 Abs. 1 ZGB, Art. 64 Abs. 2 EG zum ZGB, Art. 71a lit. b VRP). Die Klage vom 15. Juli 2005 ist rechtzeitig eingereicht worden. Sie erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission zur Beurteilung der Streitsache ist gegeben. Soweit sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt.

b) aa) Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt eine Beschwerde voraus. Die formelle Beschwerde ist gegeben, wenn einer Partei nicht das zugesprochen worden ist, was sie beantragt hat. Zudem muss aber auch eine materielle Beschwerde vorliegen, d. h. der angefochtene Entscheid muss die Partei in ihrer Rechtsstellung treffen, für sie in ihrer rechtlichen Wirkung nachteilig sein, und die Partei muss deshalb an dessen Abänderung interessiert sein (BGE 120 II 7 f. mit Hinweisen auf die Literatur).

Das Rechtsmittelverfahren betreffend die Verbeiständung richtet sich – unter Vorbehalt der von Bundesrechts wegen geltenden Verfahrensgrundsätze – nach kantonalem Recht (Art. 397 Abs. 1 und 373 Abs. 1 ZGB; Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II/3/1, 3. Aufl. 1984, NN 57 ff. zu Art. 397 ZGB und 163 ff. zu Art. 373 ZGB; Deschenaux/Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 3. Aufl. 1995, Rz. 1125 und 1127). Im Rahmen der bundesrechtlichen Verfahrensanforderungen sind die Kantone frei zu bestimmen, wer zur Anfechtung einer vormundschaftlichen Massnahme befugt ist (Schnyder/Murer, a. a. O., N 168 zu Art. 373 ZGB). Von Bundesrechts wegen kommt die Rechtsmittelbefugnis bei der Entmündigung dem Interdizenden sowie den nach Bundesrecht und nach kantonalem Recht antragsberechtigten Privaten zu.

Das Antragsrecht besagt, dass die Behörde, an welche der Antrag adressiert worden ist, auf die Sache einzutreten hat. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf einen materiellen Entscheid. Anders verhält es sich beim Anzeiger. Ein Anzeiger besitzt kraft *Offizialmaxime* jedermann. Die Behörde ist dabei aber lediglich verpflichtet, die Anzeige zu prüfen und gegebenenfalls ein Verfahren einzuleiten. Wird die Behörde nach Auffassung des Anzeigers zu Unrecht nicht tätig, so kann er mit einer Aufsichtsbeschwerde an die Aufsichtsbehörde gelangen. Im Gegensatz zum Antragsberechtigten hat der Anzeiger also keine Parteistellung im Verfahren betreffend vormundschaftliche Massnahmen und demzufolge auch keinen Anspruch auf einen Sachentscheid (H. M. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl. 1997, § 4 N 63 ff.; Schnyder/Murer, a. a. O., NN 82 ff. zu Art. 373 ZGB).

Gemäss Bundesrecht sind im Entmündigungsverfahren die nach Art. 328 ZGB unterstützungsberechtigten bzw. -verpflichteten Verwandten antragsberechtigt. Das Antragsrecht des Ehegatten ist im Antragsrecht der Verwandten enthalten (Schnyder/Murer, a. a. O., NN 88 f. und 170 zu Art. 373 ZGB mit Hinweis auf BGE 62 II 270). Der Kanton St. Gallen kennt kein über das Bundesrecht hinausgehendes Antragsrecht. Ob das kantonale Recht überhaupt eine weitergehende Legitimation Privater vorsehen kann, erscheint zudem äusserst fraglich (BGE 120 II 8 f.). Nach Art. 397 Abs. 1 ZGB gelten für das Verfahren bei der Anordnung einer Beistandschaft die gleichen Vorschriften wie bei der Bevormundung. Auch an der Beistandsernennung für eine andere Person kann folglich nur derjenige ein Interesse haben, dem ein Antragsrecht zukommt. Der Verweis von Art. 397 Abs. 1 ZGB umfasst deshalb auch die Regeln über den Kreis der antragsberechtigten Personen (BGE 120 II 8).

bb) Da der Kläger kein unterstützungsberechtigter bzw. -verpflichteter Verwandter im Sinn von Art. 328 ZGB ist, kommt ihm weder nach Bundesrecht noch nach kantonalem Recht ein Antragsrecht und damit auch keine Rechtsmittelbefugnis im Verbeiständungsverfahren zu. Auf die öffentlich-rechtliche Klage kann somit mangels Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden.

c) Der Kläger ist im Verfahren betreffend Errichtung einer Beistandschaft folglich als Anzeiger zu behandeln. Richtigerweise hätte die Vorinstanz deshalb auf

dessen Verbeiständungsantrag mangels Antragsrechts nicht eintreten dürfen. Sinn- gemäss hat sie dies jedoch mit der Verfahreenseinstellung getan. Als Anzeiger ist es dem Kläger unbenommen, gegen den Entscheid der Vorinstanz betreffend Verfah- reneinstellung bei der Aufsichtsbehörde, dem Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St.Gallen, eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen.

### 53

*Art. 954 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 94 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Nrn. 11.01, 11.07.02 und 0.2 des Gebührentarifs für die Grundbuchämter und die Durchführung der Grundstückschätzung (sGS 914.5).* Die Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief ist tarifmässig nicht als «Errichtung oder Erhöhung eines Grundpfandrechts» gemäss Nr. 11.01, sondern als «andere Umwandlung eines Pfandrechts» gemäss Nr. 11.07.02 zu behandeln.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 30. November 2005*

Aus den Erwägungen:

3. Im Rekurs ist die Bemessung der vom Grundbuchamt mit Rechnung vom 8. Juni 2005 erhobenen und vom Gemeinderat bestätigten Grundbuchgebühren von insgesamt Fr. 6010.– umstritten.

a) ...

b) Bei den Grundbuchgebühren handelt es sich um Verwaltungsgebühren, die denjenigen Personen auferlegt werden, die eine Amtshandlung veranlasst oder verursacht haben. Verwaltungsgebühren stellen Kausalabgaben dar, die als öffentliche Abgaben einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. In der Regel hat der Gesetz- geber den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessungsgrundlage in einem formellen Gesetz zu nennen. Diese Anfor- derungen sind für gewisse Arten von Kausalabgaben gelockert, soweit das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt (vgl. BGE 126 I 180 E. 2a/aa und bb sowie b/dd zur Abgren- zung zwischen Verwaltungsgebühr und Gemengsteuer bei den Grundbuchge- bühren). Hinsichtlich der Bemessung von Verwaltungsgebühren kann sich der Betroffene sowohl auf das Kostendeckungsprinzip als auch auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. der Äquivalenz berufen (vgl. BGE 106 Ia 249 E. 3a; be- züglich Gerichtsgebühren vgl. BGE 120 Ia 171 E. 2a).

c) aa) Die Vorinstanz führt für die Erhebung der Gebühren durch das Grundbuchamt Nr. 11.01 in Verbindung mit Nr. 0.2 des Gebührentarifs an. Gemäss Nr. 11.01 beträgt die Gebühr für die Errichtung oder Erhöhung eines Grundpfandrechts 1,5‰ der Pfandsumme bzw. des Erhöhungsbetrags, je Pfandrecht höchstens Fr. 3000.–. Für Rechtsgeschäfte, die durch den Grundbuchverwalter öffentlich beurkundet werden, werden die in den Gebührenpositionen enthaltenen Ansätze verdoppelt (Nr. 0.2).

Im Folgenden ist zu prüfen, wer für die Eintragung von Grundpfandrechten im Grundbuch und die Beurkundung des zugrunde liegenden Pfandvertrags gebührenpflichtig ist (vgl. nachfolgend E. 3c/bb), nach welchen Regeln die Gebühren bei der Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief zu bemessen sind (vgl. nachfolgend E. 3c/cc) und ob deren Bemessung die Prinzipien der Kostendeckung (vgl. nachfolgend E. 3c/dd) und der Äquivalenz (vgl. nachfolgend E. 3c/ee) respektiert.

bb) Art. 954 Abs. 1 ZGB ermächtigt die Kantone, die Gebühren für die Eintragungen ins Grundbuch, ganz allgemein für die Inanspruchnahme der Dienste des Grundbuchamtes und für die Arbeiten der Grundbuchvermessung festzusetzen (vgl. J. Schmid, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl. 2003, N 1 zu Art. 954 ZGB). Das kantonale Gesetz bestimmt auch, wer die Gebühren zu entrichten hat (vgl. A. Homberger, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Band IV/3, Zürich 1938, N 1 zu Art. 954 ZGB). Gemäss Art. 799 Abs. 2 ZGB bedarf der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung. In welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird, bestimmen gemäss Art. 55 Abs. 1 Schlusstitel ZGB die Kantone. Da die Urkundsperson unabhängig davon, ob sie diese Funktion als Beamter oder freiberuflich ausübt, amtlich und hoheitlich tätig ist (vgl. Schmid, a. a. O., N 3 zu Art. 55 Schlusstitel ZGB), gehört dazu auch die Festlegung der dafür erhobenen Gebühren.

Da das kantonale Recht weder im Einführungsrecht zum ZGB noch im Gebührentarif den Kreis der zur Entrichtung der Grundbuchgebühren Pflichtigen umschreibt, ist auf den allgemeinen Grundsatz gemäss Art. 94 Abs. 1 VRP abzustellen. In Art. 94 Abs. 1 VRP, der sich auf die nicht streitigen Verfahren bezieht, kommt das Verursacherprinzip zum Ausdruck (vgl. Cavelti/Vögeli, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 777). Danach hat die vorgeschriebene Gebühr zu entrichten, wer eine Amtshandlung zum eigenen Vorteil oder durch sein Verhalten veranlasst hat. Die Beurkundung des Pfandvertrages dient, wie der Vertrag selbst, den Interessen des Pfandgläubigers gleichermassen wie jenen des Pfandschuldners. Gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB erfolgen die Eintragungen aufgrund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht. Zur Löschung oder Änderung eines Eintrags bedarf es einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrag berechtigten Personen (Art. 964 Abs. 1 ZGB). Zwar dient die Eintragung des Grundpfandrechts in erster Linie dessen ding-



licher Sicherung und damit dem Interesse des Pfandgläubigers. Indessen ist die dingliche Sicherung regelmässig Voraussetzung dafür, dass der Pfandschuldner zu liquiden Mitteln kommt.

Als Verursacher der auf die Eintragung eines Grundpfandrechts gerichteten Amtshandlungen der Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts und der Eintragung des Verfügungsgeschäfts im Grundbuch erscheinen Pfandgläubiger und Pfandschuldner gleichermaßen. Damit findet die Erhebung der Eintragungs- und der Beurkundungsgebühren bei der Rekurrentin als Grundeigentümerin eine ausreichend klare gesetzliche Grundlage in der allgemeinen Regel zur Kostentragung von Art. 94 Abs. 1 VRP und ist damit nicht zu beanstanden.

cc) Gemäss Nr. 11.07.01 des Gebührentarifs beträgt die Gebühr für eine «Umwandlung eines Inhaberschuldbriefes in einen Namensschuldbrief oder umgekehrt» zwischen Fr. 50.– und Fr. 200.–. Für eine «andere Umwandlung eines Pfandrechts» beläuft sich die Gebühr auf 1,5‰ der Pfandsumme, wenigstens auf Fr. 100.– und höchstens auf Fr. 1500.– (Nr. 11.07.02 des Gebührentarifs). Die Löschung von Dienstbarkeiten, Grundlasten, Pfandrechten, Vormerkungen, Anmerkungen sowie Gläubigerregister-Einschreibungen erfolgt gemäss Nr. 70.01 des Gebührentarifs gebührenfrei.

Unter Umwandlung ist die Änderung der Pfandart, insbesondere die Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief oder umgekehrt zu verstehen. Sowohl der Grundpfandverschreibung wie auch dem Schuldbrief liegt ein öffentlich beurkundeter Pfandrichtungsvertrag zugrunde (vgl. Art. 799 Abs. 2 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid, in: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl. 2002, S. 1007 und S. 1036). Die Entstehung der Grundpfandverschreibung bedarf wie deren Untergang grundsätzlich der Eintragung im Grundbuch (vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, a. a. O., S. 1006/1007). Auch für die Entstehung und den Untergang des Schuldbriefes ist eine entsprechende Eintragung im Grundbuch erforderlich (vgl. Tuor/Schnyder/Schmid, a. a. O., S. 1036). Hingegen erfordert die Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief zwar eine öffentliche Beurkundung, jedoch keine Löschung des bisherigen Pfandrechts und kann mit Zustimmung aller Beteiligten ohne Neuerrichtung und Rangverlust jederzeit vorgenommen werden (vgl. B. Trauffer, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl. 2003, N 14 zu Art. 799 ZGB und N 15 zu Art. 825; D. Staehelin, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl. 2003, N 30 zu Art. 854 ZGB, je mit weiteren Hinweisen; vgl. VRKE I/2 vom 29. Oktober 2003 in Sachen M. AG, E. 2c/bb, S. 7).

Demnach ist es gerechtfertigt, im vorliegenden Fall der Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief die Gebühr entsprechend der Nr. 11.07.02 des Gebührentarifs zu bemessen, wobei zusätzlich Nr. 0.2 des Gebührentarifs zu berücksichtigen ist, da die Umwandlung immer mit einer öffentlichen Beurkundung verbunden ist. Zudem muss bei der Umwandlung einer Grundpfandverschreibung in einen Schuldbrief erstmals ein Pfandtitel ausgestellt werden.

Damit ergibt sich, dass die Gebühr zu Unrecht gestützt auf Nr. 11.01 des Gebührentarifs erhoben wurde, umso mehr als dem Grundbuchamt bereits aufgrund der Mitteilung der Pfandgläubigerin vom 11. April 2005 bekannt war, dass die Grundpfandverschreibung nicht ersatzlos zu löschen, sondern durch einen Schuldbrief zu ersetzen war.

Angesichts der Pfandsumme von Fr. 2 250 000.– und dem Satz von 1,5‰ der Pfandsumme bei einer maximalen Eintragungsgebühr von Fr. 1500.– gemäss Nr. 11.07.02 des Gebührentarifs ergibt sich nach Verdoppelung für die Beurkundung des Pfandvertrags in Anwendung von Nr. 0.2 des Gebührentarifs eine Gebühr von insgesamt Fr. 3000.–. Zu prüfen bleibt, ob diese Gebührenhöhe für die Eintragung und die Beurkundung mit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip im Einklang steht.

dd) Das Kostendeckungsprinzip gilt für kostenabhängige Kausalabgaben, wo keine (genügend bestimmte) formell-gesetzliche Grundlage besteht oder wo der Gesetzgeber ausdrücklich oder sinngemäss zum Ausdruck gebracht hat, dass die von ihm festgelegte Abgabe kostenabhängig sein soll. Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen, was eine gewisse Schematisierung oder Pauschalisierung der Abgabe nicht ausschliesst. Zum Gesamtaufwand sind nicht nur die laufenden Ausgaben des betreffenden Verwaltungszweigs, sondern auch angemessene Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven hinzuzurechnen (BGE 126 I 180 E. 3a/aa mit zahlreichen Hinweisen).

Das Kostendeckungsprinzip erscheint mit einer Gebühr von Fr. 3000.– nicht als verletzt. Der Gebührentarif selbst gibt einen Überblick über die im Bereich der Führung des Grundbuchs Kosten verursachenden Tätigkeiten. Die Kosten beschränken sich dabei nicht auf Personalkosten in Form von Löhnen für die über einen besonderen Fähigkeitsausweis verfügenden Spezialisten (vgl. Art. 179 EG zum ZGB; Art. 11 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Verwaltungsgebührenverordnung; sGS 821.1) und für das Kanzleipersonal, sondern umfasst auch erhebliche Infrastrukturkosten insbesondere für die Einrichtungen des Grundbuchs selbst und Räumlichkeiten für Büro und Archiv. Daraus wird ersichtlich, dass die über die Gebührenerhebung erzielten Einnahmen die Ausgaben nicht zu decken vermögen. Im Übrigen wäre das Kostendeckungsprinzip auch bei allfälligen Mehreinnahmen erst dann verletzt, wenn diese in erheblichem Umfang anfielen (K. Vallender, Grundzüge des Kausalabgabenrechts, Bern 1976, S. 73).

ee) Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. 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 betref-

fenden 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 (BGE 126 I 180 E. 3a/bb mit zahlreichen Hinweisen). Die Behörde darf auch das Interesse des Zahlungspflichtigen an der Amtshandlung sowie in einem gewissen Umfang dessen finanzielle Leistungsfähigkeit berücksichtigen. Bei grossen Verfahren kann ein hoher Betrag festgesetzt werden, um die Verluste bei kleineren Verfahren zu kompensieren (vgl. BGE 120 Ia 171 E. 2a).

Die Rekurrentin machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, eine Gebühr von Fr. 300.– bis Fr. 500.– würde dem wirklichen Arbeitsaufwand genügend Rechnung tragen. Im Rekursverfahren vertritt sie, indem sie auf Nr. 11.07.01 des Gebührentarifs verweist, die Auffassung, eine Gebühr von Fr. 200.– trage dem Arbeitsaufwand ausreichend Rechnung. Bei der Festsetzung der Gebührenhöhe kann der Leistungsfähigkeit der staatlichen Einrichtung und der mit der amtlichen Handlung verbundenen Verantwortung, aber auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt angemessen Rechnung getragen werden (vgl. BGE 126 I 180 E. 3c/aa mit Hinweis). Beim gegebenen Verhältnis der Höhe der Gebührenbelastung von Fr. 3010.– zur Pfandsumme von Fr. 2 250 000.– steht fest, dass weder die Errichtung der Grundpfandrechte verunmöglicht noch übermässig erschwert wird. Der tatsächliche Aufwand steht nicht einem offensichtlichen Missverhältnis zur Umwandlung der Pfandart. Im Gegensatz zur Grundpfandverschreibung vermag ein Schuldbrief als Wertpapier den Wert des Grundstücks zu «mobilisieren» (vgl. H.-M. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl. 2000, S. 132). Der Umwandlung der Grundpfandverschreibung in einen Inhaberschuldbrief kommt deshalb wirtschaftlich wesentliche Bedeutung zu. Sie darf sich, zumal sie in einer direkten Relation zu einem Wert steht, der seinerseits mit dem Wert des Grundstücks in einem Zusammenhang steht, auch auf die Gebührenhöhe auswirken.

Somit steht fest, dass die Gebührenerhebung in Anwendung der Nrn. 11.07.02 und 0.2 des Gebührentarifs das Äquivalenzprinzip nicht verletzt.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs teilweise gutzuheissen ist. Der angefochtene Rekursentscheid der Vorinstanz vom 12. Juli 2005 und die ihm zugrunde liegende Gebührenrechnung vom 8. Juni 2005 sind aufzuheben. Aufgrund der Pfandsumme von Fr. 2 250 000.– ergeben sich Beurkundungsgebühren sowie Eintragungsgebühren von je Fr. 1500.– zuzüglich Fr. 10.– für Barauslagen im Rahmen der Eintragung.

## 2. Obligationenrecht

---

### 54

*Art. 82, 107ff. und 372 Abs. 1 OR (SR 220).* Haben die Parteien für die gegenseitigen Leistungspflichten zwei verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart und besteht eine sogenannte unbeständige Vorleistungspflicht der einen Partei, so kann sich vom Zeitpunkt der Fälligkeit des zweiten Anspruchs an auch die vorleistungspflichtige Partei auf Art. 82 OR berufen. Die eigene Vertragstreue ist eine ungeschriebene Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 12. Mai 2005*

Ende Mai / Anfang Juni 2003 schlossen die Parteien einen Werklieferungsvertrag, dessen Gegenstand die Herstellung von Hundewaschanlagen war. Ab dem 13. Juli 2003 befand sich der Kläger (Unternehmer) mit der Fertigstellung der Anlagen in Verzug. Offen bleiben konnte die Frage, ob die Beklagte (Bestellerin) verpflichtet war, das verwendete Material bereits vor der Ablieferung des Werkes zu bezahlen. Am 19. September 2003 trat der Kläger mit sofortiger Wirkung vom Werkvertrag zurück.

Aus den Erwägungen:

3. a) Art. 82 OR regelt die zeitliche Ordnung der Erfüllung synallagmatischer Verträge. Die eine Partei muss eine an sich fällige Leistung nicht erbringen, wenn nicht auch die andere Partei ihre Leistung gehörig erfüllt oder anbietet. Wenn nicht eine Vorleistungspflicht besteht, sind die beidseitigen Leistungen grundsätzlich Zug um Zug auszutauschen. Das Leistungsverweigerungsrecht ist durch Einrede auszuüben (Urs Leu, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 82 OR). Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht; erforderlich ist eine entsprechende Willenserklärung (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, A. T., Band I, 8. Aufl., Nr. 76). Der belangte Schuldner, der das Leistungsverweigerungsrecht geltend macht, gerät nicht in Schuldnerverzug (Leu, a. a. O., N 10 zu Art. 82 OR). Eine besondere Situation besteht, falls die Parteien für die gegenseitigen Leistungspflichten zwei verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart haben, z. B. Lieferung am 1. Februar und Zahlung am 1. März. Am 1. März «holt» der zweite Anspruch den ersten ein und es stehen zwei fällige Forderungen einander gegenüber (sogenannte unbeständige Vorleistungspflicht). Von diesem Zeitpunkt an kann nach überwiegender Auffassung auch die vorleistungspflichtige Partei sich auf Art. 82 OR berufen (Rolf H. Weber, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2005, N 148 zu Art. 82 OR; Marius Schraner, Zürcher Kommentar, N 117 zu Art. 82 OR; Leu, a. a. O., N 8 zu Art. 82 OR; BGE 127 III 201). Ob die Pflicht zur Vorleistung beständig oder unbeständig ist, bestimmt

sich, wie die Frage nach dem Bestehen einer Vorleistungspflicht überhaupt, nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung, sofern das Gesetz keine zwingenden Bestimmungen enthält (vgl. BGE 127 III 202).

Im Werkvertragsrecht ist der Unternehmer gestützt auf Art. 82 OR berechtigt, mit der Werkausführung zuzuwarten, bis der Besteller eine ausstehende Zahlung vorgenommen hat (Zindel/Pulver, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 372 OR; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Nr. 1280 ff.; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 372 OR). Das Recht des Unternehmers zur Arbeitseinstellung besteht unabhängig von der «Natur» der verzögerten Vergütungsleistung und unabhängig davon, ob diese im vereinbarten Abrechnungssystem des konkreten Vertrages mit der einzustellenden Arbeit korrespondiert. Denn nach der Zweckstruktur des Werkvertrages stehen Werkleistung und Vergütung insgesamt in einem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis. Das aber bedeutet, dass der Unternehmer zur Arbeitseinstellung auch dann befugt ist, wenn es sich bei der fraglichen Zahlung z. B. um eine Abschlagszahlung oder um eine Teilzahlung für geleistete Regiearbeiten oder für Teuerung handelt (Gauch, a. a. O., Nr. 1281). In Bezug auf den Besteller gestaltet sich die Situation wie folgt: Da gemäss Art. 372 Abs. 1 OR die Vergütung, vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, erst mit der Ablieferung des beendeten Werkes fällig wird, ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vor der Ablieferung überflüssig, weil sich der Besteller einfach auf den Nichteintritt der Fälligkeit berufen kann. Wurde ein mangelhaftes Werk abgeliefert, so hat der Besteller, der sein Nachbesserungsrecht ausübt, nach Art. 82 OR das Recht, die Vergütung bis zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld zurückzuhalten. Dieses Recht besteht bis zu dem Zeitpunkt, da der Unternehmer die verlangte Mängelbeseitigung vollständig und ordnungsgemäss ausführt und die Nachbesserungsarbeit abliefert (Gauch, a. a. O., Nr. 2377 und Nr. 2374). Die Zurückhaltung des Werklohnes ist ein zulässiges Mittel zur Durchsetzung des Verbesserungsanspruches. Sie setzt nicht voraus, dass der zu beseitigende Mangel eine bestimmte Grösse oder Bedeutung hat. Der Besteller darf daher die Vergütung auch dann zurückhalten, wenn die Mängel sich lediglich auf untergeordnete Punkte beziehen und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes nicht ernstlich beeinträchtigen (Gauch, a. a. O., Nr. 2378). Dem Besteller steht das Rückbehaltungsrecht des Art. 82 OR auch für einen Vergütungsanspruch des Unternehmers zu, der zwar vor der Ablieferung fällig, aber vom Nachbesserungsanspruch eingeholt wird (Gauch, a. a. O., Nr. 2399). Entsprechend ist der Besteller berechtigt, falls der Unternehmer mit der Ablieferung des Werkes in Verzug ist, vorzeitig fällige Beträge bis zur Fertigstellung des Werkes zurückzuhalten. Denn die vom Unternehmer geschuldete Leistung eines mangelfreien Werkes steht im Austauschverhältnis mit der vom Besteller geschuldeten Vergütung.

3. c) (...) Die Beklagte beruft sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR. Die allfällige Vereinbarung der Parteien, die Beklagte habe die Materialrechnungen zehn Tage nach deren Rechnungsstellung zu bezahlen, wäre als unbeständige Vorleistungspflicht zu betrachten, d. h. der Kläger konnte mit sei-

ner Leistung, der Fertigstellung der Anlagen bis 12. Juli 2003, in Verzug geraten, auch wenn die Beklagte die Materialrechnungen nicht bezahlt hatte. Die Frage, ob die Vereinbarung bestand, dass die Beklagte das verwendete Material bereits vor der Ablieferung des Werkes zu bezahlen hatte, kann offen bleiben: Selbst wenn dies vereinbart worden wäre, war die Beklagte ab dem 13. Juli 2003 berechtigt, die Vergütung gemäss Art. 82 OR zurückzuhalten. Die Berufung der Beklagten auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat zur Folge, dass die Beklagte, selbst wenn die erwähnte Vereinbarung bewiesen wäre, nicht in Schuldnerverzug fiel (vgl. Leu, a. a. O., N 10 zu Art. 82 OR). Falls die Materialrechnungen vor der Ablieferung des Werkes zu bezahlen waren, war ab dem 20. Juli 2003 auch der Kläger berechtigt, sich auf Art. 82 OR zu berufen.

4. (Am 19. September 2003 trat der Kläger mit sofortiger Wirkung vom Werkvertrag zurück. Der Kläger war indessen nicht berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.)

4. c) (...) Seine Rücktrittserklärung blieb daher wirkungslos, und der Vertrag bestand weiter. Mit dieser Erklärung brachte er aber zum Ausdruck, dass er nicht bereit war, seine Leistung zu erbringen. Ab diesem Zeitpunkt war er demzufolge auch nicht mehr berechtigt, sich auf Art. 82 OR zu berufen, denn die eigene Vertragstreue ist eine ungeschriebene Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts (Schraner, a. a. O., N 173 zu Art. 82 OR; Weber, a. a. O., N 195 zu Art. 82 OR). Da sich der Kläger mit der Fertigstellung der Waschanlagen in Verzug befand, war aber die Beklagte berechtigt, gemäss den Bestimmungen von Art. 103 bis 109 OR vorzugehen (Gauch, a. a. O., Nr. 659 ff.).

### 3. Geistiges Eigentum

---

#### 55

*Art. 24 Abs. 1 lit. b und Art. 52 PatG (SR 232.14); Art. 62 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO (sGS 961.2).* Wird während eines Patentnichtigkeitsverfahrens teilweise auf Patentansprüche verzichtet, besteht kein Anspruch auf Sistierung, wenn der (veränderte) Streitgegenstand gleichwohl feststeht.

*Handelsgericht, 16. August 2005*

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b ZPO sistiert der Richter den Prozess, wenn das Urteil von der Entscheidung in einem anderen Verfahren abhängt. Beim «anderen Verfahren» kann es sich ebenfalls um einen Zivilprozess, jedoch auch z. B. um ein

Straf- oder um ein Verwaltungsverfahren handeln. Die Parteien des anderen Verfahrens müssen nicht identisch sein mit den Parteien des sistierten Prozesses (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 3a zu Art. 62 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Hängigkeit eines anderen Verfahrens, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist, als zureichender Grund für eine Sistierung anerkannt (BGE 122 II 217 E. 3e). Eine Beeinflussung des Prozesses durch ein anderes Verfahren, ohne dass man geradezu von Abhängigkeit sprechen kann, ist vom Richter in Anwendung von Art. 62 Abs. 2 ZPO («aus wichtigen Gründen geboten») unter Abwägung aller Interessen und im Hinblick auf das Gebot der beförderlichen Prozesseredigung zu würdigen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 3b und N 4b zu Art. 62 ZPO).

a) Der Beklagte 1 hat mit Erklärung vom 23. Mai 2005 gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) auf das schweizerische Patent (...) teilweise verzichtet. Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b PatG kann der Patentinhaber auf das Patent teilweise verzichten, indem er beim IGE den Antrag stellt, einen unabhängigen Patentanspruch durch Zusammenlegung mit einem oder mehreren von ihm abhängigen Patentansprüchen einzuschränken. Wenn unabhängige Patentansprüche mit von ihnen abhängigen Patentansprüchen zusammengelegt werden, erhalten die unabhängigen Patentansprüche mehr Merkmale, d. h. zusätzlich diejenigen der abhängigen Patentansprüche. Dadurch wird deren Schutzbereich tendenziell kleiner (P. Heinrich, PatG/EPÜ, Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und Europäischen Patentübereinkommen, Zürich 1998, Rz 24.05). Vorliegend hat der Beklagte 1 mit der Verzichtserklärung vom 23. Mai 2005 unbestrittenermassen einen neuen Patentanspruch 1 formuliert, welcher den Inhalt der bisherigen Patentansprüche 1–4 umfasst; mithin ist der neue Patentanspruch 1 durch die Zusammenlegung der erteilten Patentansprüche 1–4 entstanden. Unbestrittenermassen hat der Beklagte 1 die bisherigen Patentansprüche 5–10 mit anderer Nummerierung unverändert gelassen. (...) Der Sinn dieses vom Beklagten 1 erklärten Teilverzichts kann darin bestehen, das Patent gegen Angriffe resistenter zu machen, indem dem Kläger durch eine geeignete Einschränkung des Patents das Rechtsschutzinteresse für die Nichtigkeitsklage bezüglich des «zu weiten» Teils genommen wird (Heinrich, a. a. O., Rz 24.02). Ein Teilverzicht hat, wenn eine Nichtigkeitsklage hängig ist, die Bedeutung einer teilweisen Klageanerkennung (SMI 1976, 23 E. 2; Heinrich, a. a. O., Rz 24.11). Mit der im Sinne eines Teilverzichts nach Einreichung der vorliegenden Klage vom Beklagten 1 vorgenommenen Zusammenlegung der bisherigen Patentansprüche 1–4 in den neuen Patentanspruch 1 erfährt das Klagefundament der Nichtigkeitsklage der Klägerin grundsätzlich keine Änderung abgesehen davon, dass allenfalls mit der Zusammenlegung der bisherigen Patentansprüche 1–4 der Schutzbereich des Streitpatents eingeschränkt wird. In dem Masse, als eine solche Einschränkung des Schutzbereichs vorliegt, liegt eine teilweise Klageanerkennung durch die Beklagten vor. Die Beklagten sind an diese Erklärung, wonach die bisherigen Patentansprüche 1–4 zusammengelegt worden sind, gebunden.

Ob ein Teilverzicht zulässig war, kann vom Gericht im Rahmen einer Nichtigkeitsklage überprüft werden, wobei allenfalls ein Teilverzicht als unwirksam zu behandeln ist (SMI 1974, 93; Heinrich, a. a. O., Rz 24.15). Vorliegend ist indessen die Gültigkeit des Teilverzichts nicht richterlich zu überprüfen, nachdem die Klägerin dessen Gültigkeit ausdrücklich nicht bestreitet.

b) Die Beklagten verlangten die Sistierung des vorliegenden Verfahrens, weil der genaue Gegenstand des beantragten Teilverzichts resp. der genaue Anspruchswortlaut des Schweizer Patents erst mit der Prüfung der Zulässigkeit des Teilverzichts durch das IGE eindeutig festgelegt werde. In der Zwischenzeit sei unsicher, was genau Gegenstand des Patentschutzes und damit auch Streitgegenstand ist, womit der Richter in dieser Interimsphase die Gültigkeit des Teilverzichts nicht überprüfen könne. Die Klägerin hielt fest, es sei mit Sicherheit zu erwarten, dass das IGE den Teilverzicht, nachdem es sich dabei um eine reine Formsache handle, akzeptieren werde.

Der Patentinhaber kann durch Teilverzicht die Änderung der Patentansprüche selbst bewirken. Zu diesem Zweck reicht er eine Erklärung des teilweisen Verzichts ein, in der er die gewünschten Änderungen der Patentansprüche angibt; eine Begründung ist nicht erforderlich (Art. 96 PatV). Die Beschreibung, die Zeichnungen und die Zusammenfassung können nicht geändert werden, jedoch gelten ihre Teile, die mit der Neufassung der Patentansprüche nicht vereinbar sind, als nicht vorhanden (Art. 97 Abs. 2 PatV). Das IGE prüft bei der Erklärung, ob diese die Bedingungen des Art. 24 PatG erfüllt, ob die verbleibenden Ansprüche ausreichend klar sind und ob sie darüber hinaus den Einheitsregeln (Art. 52 PatG, Art. 30 PatV) entsprechen. Der Teilverzicht wird anschliessend in das Patentregister eingetragen und eine Ergänzung der Patentschrift mit der Neufassung der Patentansprüche veröffentlicht (Art. 98 Abs. 1 und 2 PatV; Heinrich, a. a. O., Rz 42.11; J.-L. Comte, Schweizerisches Patenterteilungsverfahren, in: Bertschinger/Münch/Geiser, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel 2002, Rz 7.78). Vorliegend ist in Übereinstimmung mit der Klägerin davon auszugehen, dass das IGE den vom Beklagten 1 erklärten Teilverzicht betreffend das Streitpatent ohne weiteres, nachdem die gesetzlichen Voraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, in das Patentregister eintragen wird. Aber auch die Beklagten bringen keinerlei Gründe vor, weshalb der vom Beklagten 1 erklärte Teilverzicht nicht in der am 23. Mai 2005 erklärten Form ins Register eingetragen werden sollte. Sie legten insbesondere nicht dar, dass die Erklärung Zusätze enthalte, welche zu Unklarheiten führen könnten, sondern räumten selber ein, dass ausschliesslich ein unabhängiger Patentanspruch (Anspruch 1) durch Zusammenlegung mit mehreren von ihm abhängigen Patentansprüchen (Ansprüche 2, 3 und 4) eingeschränkt werde, was in genau dieser Form in Art. 24 Abs. 1 lit. b PatG vorgesehen ist. Damit ist davon auszugehen, dass der Prozessgegenstand, nämlich das Streitpatent, in dem Umfang, in welchem es gemäss Erklärung eines teilweisen Verzichts vom 23. Mai 2005 aufrecht erhalten worden ist, feststeht. Damit kann das vorliegende Verfahren auf dieser Grundlage weitergeführt werden, und das Sistierungsgesuch ist abzuweisen.



c) Das Sistierungsgesuch wäre aber auch dann abzuweisen, wenn bis zum Entscheid des IGE betreffend den Teilverzicht unsicher wäre, was genau Gegenstand des Patentschutzes und damit im vorliegenden Verfahren Streitgegenstand ist. Wie bereits ausgeführt, bestreitet die Klägerin die Gültigkeit des Teilverzichts nicht, so dass das Handelsgericht über diesen auch nicht zu befinden hat. Die Klägerin verlangt somit im vorliegenden Verfahren, es sei die Nichtigkeit des schweizerischen Patents (...) festzustellen, wobei es um den Schutzzumfang des Patents entsprechend der Erklärung des Beklagten 1 betreffend einen teilweisen Verzicht auf das Patent (...) geht. Die Klägerin hat ausdrücklich erklärt, dass trotz des erklärten und von ihr anerkannten Teilverzichts der Klagebegründung im Moment nichts beigelegt zu werden brauche, sondern die Beklagten ohne weiteres darlegen könnten, wieso entgegen der Klagebegründung die Gegenstände ihres Patents doch neu oder allenfalls für die Fachperson nicht naheliegend gewesen seien. Würde also das IGE den Teilverzicht nicht akzeptieren, hätte das Handelsgericht dennoch den von den Beklagten erklärten und von der Klägerin akzeptierten Teilverzicht im Sinne einer teilweisen Klageanerkennung zu berücksichtigen, womit auch in diesem Fall der Schutzzumfang des Streitpatents und damit der Streitgegenstand feststehen würde. Die Verfügung des IGE hätte also im vorliegenden Verfahren keine präjudizierende Wirkung. Damit wäre auch in diesem Fall das Sistierungsgesuch der Beklagten abzuweisen.

Im Übrigen hat die Klägerin bereits dargelegt, weshalb der Prozess auf der Grundlage der neuen Patentansprüche weitergeführt werden kann, nachdem sich die Klagebegründung insbesondere bereits auf den Gegenstand des neuen Patentanspruchs 1 beziehe. Und auch die Beklagten haben bereits einlässlich zur Gültigkeit des eingeschränkten Klagepatents Stellung genommen, womit auch sie – zumindest im Rahmen dieser Ausführungen – davon ausgehen, dass der Schutzzumfang des Streitpatents und damit der Streitgegenstand hinreichend feststeht.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegende Urteil nicht von der Entscheidung in einem anderen Verfahren, insbesondere von der Verfügung des IGE betreffend Zulässigkeit des vom Beklagten 1 erklärten, teilweisen Verzicht auf das Patent (...), abhängt. Das Sistierungsgesuch ist deshalb abzuweisen.

### III. Strafrecht

---

#### 56

*Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 147 StGB (SR 311.0).* Übergibt der Kontoinhaber einer Drittperson eine Bankkarte samt PIN (persönliche Identifikationsnummer) und verstösst diese Person gegen die vom Kontoinhaber erteilten Benutzungsanweisungen, indem sie für eigene Zwecke Geld bezieht, so liegt Veruntreuung und nicht betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage vor.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 12. April 2005*

X übergab vor einem längeren Auslandsaufenthalt dem Angeklagten seine Bankkarte samt PIN (persönlicher Identifikationsnummer) mit der Anweisung, ihm auf entsprechende Aufforderung Geld ins Ausland zu senden. Der Angeklagte bezog in der Folge mit der Bankkarte auch mindestens Fr. 3500.– für eigene Zwecke.

Aus den Erwägungen:

Was die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts betrifft, ist die Subsumtion unter Art. 147 StGB (betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) durch Anklage und Vorinstanz zwar vertretbar. So wird in der Botschaft ausgeführt, Art. 147 StGB solle die mittels Datenmanipulation – wozu der unbefugte Einsatz von Daten zähle, wo Unberechtigte durch die an sich «richtige» Verwendung von Daten in die Datenverarbeitung eingreifen – bewirkte Vermögensverschiebung erfassen und stelle entscheidend auf das Tatmittel ab. Grundsätzlich unerheblich sei die Beziehung des Täters zum Opfer und zu den verschiedenen Vermögenswerten. Es sei deshalb denkbar, dass das von Art. 147 StGB erfasste Delikt auch an Werten begangen werde, die bisher durch die Untreuetatbestände geschützt gewesen seien (BBl 1991 II, 1020 f.). Niklaus Schmid sieht den Tatbestand von Art. 147 StGB denn auch explizit in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden, wo dem Täter Karte und Code vom Berechtigten anvertraut wurden und jener sodann über den abgesprochenen Rahmen hinaus Geld abhebt, erfüllt. Dies mit der Begründung, dass hier das System von einem Unberechtigten benutzt werde, da die Benützung der Karte durch Dritte vom Herausgeber regelmässig verboten werde (N. Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Zürich 1994, § 7 N 67). Allerdings ist dieses Ergebnis wenig überzeugend und nicht sehr befriedigend, wurde doch Art. 147 StGB in Anlehnung an den klassischen Betrugstatbestand geschaffen, der dann versagt, wenn nicht ein Mensch, sondern eine Maschine «getäuscht» wird. Eine Täuschung steht hier aber nicht im Vordergrund; anders wäre es, wenn der Dieb, der Finder oder der Fälscher Karte und Code im automatisierten Zah-

lungsverkehr eingesetzt hätte (vgl. BBI 1991 II, 1022). Vorliegend steht hingegen ein Vertrauensverhältnis im Vordergrund, welches vom Angeklagten missbraucht wurde. So läge klarerweise Veruntreuung vor, wenn X dem Angeklagten sein Bankguthaben in bar anvertraut oder ihm eine Vollmacht für sein Konto erteilt hätte; wertungsmässig nicht anders verhält es sich mit dem Überreichen von Bankkarte und Bekanntgabe der PIN. Dass der Sachverhalt aufgrund der allgemeinen Vertragsbestimmung, wonach eine Bankkarte nur vom Kontoinhaber/Vertragspartner benutzt werden darf (entsprechende Vertragsbestimmungen sind vorliegend allerdings nicht bei den Akten), von Veruntreuung zu Betrug bzw. betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage «kippt», erscheint nicht sachgerecht. Deshalb ist der Angeklagte für den unberechtigten Bezug von mindestens Fr. 3500.– der Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 StGB) schuldig zu sprechen.

## 57

*Art. 140 Ziff. 2 StGB (SR 311.0).* «Andere gefährliche Waffe»: Als Waffen können von vornherein nur solche Gegenstände gelten, die nach ihrer objektiven Bestimmung – also unabhängig von der Art der Verwendung im konkreten Fall – dem Angriff oder der Verteidigung dienen. Zweckbestimmung als Waffe verneint für ein Küchenmesser.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 12. April 2005*

Der Angeklagte überfiel zusammen mit einem Mittäter eine Tankstelle. Beide Täter hielten während des Überfalls lange Küchenmesser, welche sie zuvor aus der Wohnung der Mutter des Angeklagten mitgenommen hatten, in der rechten Hand.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 140 Ziff. 2 StGB wird der Räuber mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er zum Zweck des Raubes eine Schusswaffe oder eine andere gefährliche Waffe mit sich führt. Der Begriff der «anderen gefährlichen Waffe» im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 StGB wird in Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf den in Art. 140 Ziff. 2 StGB vorausgesetzten Gefährdungsgrad seit seiner Einführung im Rahmen der Teilrevision von 1981 kontrovers diskutiert und verwendet. Dabei stellt die Lehre im Vergleich zur Rechtsprechung mehrheitlich höhere Anforderungen an eine «gefährliche Waffe». Insbesondere auch neuere Lehrmeinungen verlangen eine ähnliche Distanzwirkung wie bei Schusswaffen. Dies führt dazu, dass sie Hieb- und Stichwaffen ganz generell die Eigenschaften einer «gefährlichen Waffe» absprechen, da sie ihren Träger nicht in

die Lage versetzen würden, jemanden auf Distanz zu töten und ihr Einsatz überdies einen nicht unerheblichen Krafteinsatz erfordere (so ausdrücklich Niggli/Riedo, Basler Kommentar, N 145 und 148 zu Art. 139 StGB, und Lauener, Die Gefährlichkeit als qualifizierendes Tatbestandsmerkmal im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1994, 93 f.; ähnlich Trechsel, Kurzkomentar, N 20 zu Art. 139 StGB, welcher Stichwaffen nur ausnahmsweise als «gefährliche Waffen» einstuft; anderer Meinung wohl Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, Zürich 2003, 133 f.). Das Kantonsgericht folgte dieser Lehrmeinung in einem neueren Entscheid nicht (GVP 2004 Nr. 52). Es ging vielmehr unter anderem auch in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass Messer grundsätzlich ebenfalls als «gefährliche Waffen» in Frage kommen können. Deren Gefährlichkeit im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 StGB dürfe nicht einfach deshalb generell verneint werden, weil ihnen keine ähnliche Distanzwirkung wie Schusswaffen zukomme und ihr Einsatz zudem einen grösseren Kraftaufwand erfordere. Vielmehr bedürfe es zur Beantwortung dieser Frage einer Gesamtbetrachtung. Das Kantonsgericht hat in dem genannten Entscheid verschiedene Kriterien, wie sie diesbezüglich von Bedeutung sein können, dargestellt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Waffengesetz in diesem Zusammenhang lediglich hilfsweise herangezogen werden kann, da es den Begriff der «Waffe» eigenständig umschreibt und dieser insofern nicht vollständig mit dem Waffenbegriff des Strafgesetzbuches deckungsgleich ist (Fiolka, Bemerkungen zu BGE 129 IV 348 ff.; AJP 2004, 1016; Weissenberger, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, AJP 2000, 156; Niggli/Riedo, Basler Kommentar, N 160 zu Art. 139 StGB).

Während die Frage nach dem in Art. 140 Ziff. 2 StGB vorausgesetzten Gefährungsgrad in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet wird, besteht aber weitgehende Einigkeit darin, dass als Waffen von vornherein nur solche Gegenstände gelten können, die nach ihrer (objektiven) Bestimmung dem Angriff oder der Verteidigung dienen (vgl. Hurtado Pozo, Droit pénal: partie spécial, Zürich 1997, N 810; Niggli/Riedo, Basler Kommentar, N 130 zu Art. 139 StGB; Rehberg/Schmid/Donatsch, a. a. O., 133; Trechsel, Kurzkomentar, N 20 zu Art. 139 StGB; BGE 118 IV 146; BGE 117 IV 138 f.). Diese Zweckbestimmung ist jedenfalls bei einem Küchenmesser nicht gegeben. Insofern unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt wesentlich von jenem, wie er durch das Kantonsgericht im erwähnten Entscheid (GVP 2004 Nr. 52) zu beurteilen war. Die Tatsache, dass insbesondere ein Küchenmesser mit den vorliegend vorhandenen Eigenschaften durchaus auch wie eine Waffe eingesetzt werden kann und dann unter Umständen nicht weniger gefährlich ist, macht es noch nicht zur Waffe; denn der Begriff der Waffe wird im Gegensatz zu jenem des gefährlichen Gegenstandes – wie ihn der Gesetzgeber beispielsweise in Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB verwendet hat – abstrakt, d. h. unabhängig von der Art der Verwendung im konkreten Fall definiert (vgl. BGE 117 IV 138 f.; vgl. auch PKG 1999 Nr. 8; GVP 1995 Nr. 47; zur Abgrenzung des gefährlichen Gegenstandes von der gefährlichen Waffe vgl. auch Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, BT I, Bern

2003, § 3 N 25 f.). Dementsprechend stuft die Lehre beispielsweise auch Metzgermesser zwar als «gefährlichen Gegenstand», nicht aber als «gefährliche Waffe» ein (Rehberg/Schmid/Donatsch, a. a. O., 133); ebenso verneinte das Bundesgericht die Qualifikation eines Hammers als «gefährliche Waffe» (BGE 112 IV 13 f.). Nachdem unbestritten ist, dass es sich bei dem vom Angeklagten verwendeten Messer um ein eigentliches Küchenmesser gehandelt hat, scheidet somit nach dem Gesagten die Qualifikation nach Art. 140 Ziff. 2 StGB bereits von vornherein aus. Die Vorinstanz hat daher die Anwendung von Art. 140 Ziff. 2 StGB im Ergebnis zu Recht verneint und den Angeklagten im Zusammenhang mit dem Überfall auf die Tankstelle in zutreffender Weise des Raubes nach Art. 140 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen.

## IV. Rechtspflege

---

### 1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein

---

#### 58

*Art. 78 Abs. 2 GerG (sGS 941.1); Art. 60 Abs. 1, Art. 146 Abs. 1, Art. 153 Abs. 2 und Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO (sGS 961.2); Art. 274d OR (SR 220).* Erscheinen die Parteien nicht zum Vorstand und enthielt die Vorladung keinen Hinweis auf die Folgen unentschuldigter Ausbleibens, so handelt eine Schlichtungsstelle willkürlich, wenn sie das Verfahren mit der Feststellung «unvermittelt» und mit einer Fristansetzung zur Klage abschliesst.

*Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 21. Juli 2005*

Aus den Erwägungen:

Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde an das Kantonsgericht kann u. a. geltend gemacht werden, dass eine Schlichtungsstelle bei Ausübung ihrer Befugnisse willkürlich gehandelt habe (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO).

1. Die Kläger werfen der Schlichtungsstelle sinngemäss Willkür bei der Ausübung der Befugnisse vor, indem diese das Schlichtungsverfahren mit der aktenwidrig protokollierten Feststellung, die Parteien seien unentschuldig nicht zum Vorstand erschienen, kurzerhand als «unvermittelt» abschloss, statt einen neuen Termin anzuberaumen. Tatsache sei nämlich, so die Beschwerdeführer, dass sich beide Parteien sehr wohl rechtzeitig entschuldigt hätten; überdies seien sie – dies wird ausdrücklich gerügt – über die Folgen allfälligen Ausbleibens nicht orientiert worden.

2. Die Vorinstanz weist vorab darauf hin, dass die Verhandlung schon einmal verschoben worden sei, räumt dann ein, dass sich die Parteien wohl formell entschuldigt hätten – die Klägerin 1 aus gesundheitlichen Gründen, der Kläger 2 wegen Todesfällen in der Familie und der Beklagte wegen einer Terminkollision –, hält jedoch dafür, dass die Entschuldigungen materiell nicht genügt hätten; zudem hätten die Parteien eine Vertretung abordnen können, auf welche Möglichkeit schon auf der Vorladung aufmerksam gemacht worden sei.

Zum Vorwurf, die Parteien seien über die Folgen unentschuldigter Ausbleibens nicht orientiert worden, nimmt die Vorinstanz nicht Stellung.

3. Bleibt der Kläger unentschuldigt aus, so gilt das Schlichtungsbegehren als zurückgezogen (Art. 274 d OR i.V. m. Art. 153 Abs. 2 und 146 Abs. 1 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 5 zu Art. 146 ZPO und N 3d zu Art. 153 ZPO).

a) Die Vorinstanz hätte also, wenn sie die Kläger schon als unentschuldigt ausgeblieben erachtete, das Schlichtungsverfahren in Anwendung von Art. 83 lit. b ZPO als erledigt abschreiben müssen, statt den Fall mit der Feststellung «unvermittelt» und einer Fristansetzung zur Klage abzuschliessen (wodurch unnötige Weiterungen, wie die Klage beim Kreisgericht, vermieden worden wären). Die von der Vorinstanz zitierte andere Auffassung eines Kommentators (Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 38 ff. zu Art. 274 d OR) basiert ausdrücklich auf der Meinung, dass nur bei einer Feststellung der Nichteinigung der Klageweg gemäss Art. 274d Abs. 1 offen bleibe. Dem ist nach der zweifellos bundesrechtskonformen, eigenständigen Regelung des Verfahrens im Kanton St.Gallen nicht so. Zum einen ist es dem Kläger unbenommen, ein Wiederherstellungsgesuch zu stellen (Art. 85 ff. GerG), zum andern ist es ihm jederzeit möglich, in der gleichen Sache erneut an die Schlichtungsstelle zu gelangen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 3d zu Art. 153 ZPO sowie N 2 zu Art. 146 ZPO und N 7 zu Art. 147 ZPO).

Eine Aufhebung der vorinstanzlichen Erledigungsverfügung (Vermittlungsprotokoll vom 23./24.03.2005) aus diesem Grund ist, mangels entsprechender Rüge – es gilt das Rügeprinzip (Art. 255 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 2b zu Art. 255 ZPO) –, freilich ausgeschlossen.

b) Nach Art. 78 Abs. 2 GerG hält der Richter die Verwirklichungsfolge in der Vorladung fest, und nach der Legaldefinition von Art. 60 Abs. 1 ZPO ist eine Partei (nur dann) säumig, wenn sie trotz Androhung der Säumnisfolge eine Vorladung unentschuldigt nicht beachtet. Diese Bestimmungen gelten auch für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle, welche zu den richterlichen Behörden des Gerichtskreises gehört (Art. 9 GerG).

Die Vorladung vom 28. Februar 2005 zur Schlichtungsverhandlung vom 23. März 2005 enthält keinen Hinweis auf die Folgen unentschuldigter Ausbleibens, und zwar weder den gesetzeskonformen Hinweis, dass das Schlichtungsbegehren diesfalls als zurückgezogen gelte (Art. 153 Abs. 2 i.V. m. Art. 146 Abs. 1 ZPO), noch den, dass die Verhandlung gleichwohl statfinde und gegebenenfalls als «unvermittelt» mit der Fristansetzung zur Klage abgeschlossen würde. (. . .)

Das bedeutet, dass in casu die Klage weder zufolge Rückzugs hätte als erledigt abgeschrieben werden dürfen (was auch nicht geschah), noch – mangels Säumnis im Sinne der Legaldefinition von Art. 60 Abs. 1 ZPO – das Verfahren einfach weitergeführt werden durfte (Art. 61 ZPO).

Der Vorinstanz kann unter diesen Umständen der Vorwurf der Willkür in der Rechtsanwendung nicht erspart bleiben (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Erledigungsverfügung gemäss Protokoll vom 23./23. März 2005 ist daher aufzuheben und die Sache an die Schlichtungsstelle zurückzuweisen.

## 2. Verwaltungsrechtspflege

---

### 59

*Art. 80 Abs. 1 VRP (sGS 951.1); Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 StVG (sGS 140.1).* Wenn die sachgemäss anwendbaren Bestimmungen über die Beschwerde keine spezifischen Normen enthalten, können im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren die zivilprozessualen Vorschriften analog angewendet werden. Ein Parteiwechsel ist im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren zulässig. – Ein entlassener öffentlich-rechtlich Angestellter hat die Möglichkeit, die Kündigung als rechtswidrig zu rügen und auf dem Anfechtungsweg die Wiederbeschäftigung zu erstreiten, er kann aber auch die Kündigung als solche akzeptieren und auf dem Klageweg eine Entschädigung geltend machen. – Im öffentlichen Dienstrecht ist eine Verlängerung der Probezeit beim Vorliegen eines triftigen Grundes für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zulässig.

*Verwaltungsgericht, 22. März 2005*

X. wurde per 1. April 2004 vom Spital Y. als Mitarbeiterin im Reinigungsdienst eingestellt. Die ersten drei Monate galten als Probezeit mit einer Kündigungsfrist von vierzehn Tagen. Nach deren Ablauf betrug die Kündigungsfrist drei Monate. Am 29. Juni 2004 vereinbarten die Parteien die Verlängerung der Probezeit bis 30. September 2004. Mit Verfügung vom 15. September 2004 löste das Spital das Anstellungsverhältnis per 30. September 2004 auf. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge erhob X. Klage gegen die Spitalregion Y. und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Lohn für Oktober sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen. Zur Begründung brachte sie u. a. vor, die Verlängerung der Probezeit sei widerrechtlich. Das Spital Y. beantragte die Ab-

weisung der Klage, da die Klägerin die Kündigung nicht angefochten habe. Bei öffentlichen Anstellungen sei eine Verlängerung der Probezeit zulässig. Die Parteien hätten sich zudem einvernehmlich über die Verlängerung geeinigt. Hätte die Probezeit nicht verlängert werden können, so wäre der Klägerin gekündigt worden. In der Folge teile die Kantonale Arbeitslosenkasse mit, sie werde sich am Prozess als Hauptpartei beteiligen, da sie der Klägerin Leistungen erbringen und damit in Anwendung von Art. 29 AVIG in die strittige Lohnforderung eintreten werde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 53 Abs. 2 ZPG ist ein Parteiwechsel ohne Einvernehmen der Parteien zulässig, wenn der Streitgegenstand während des Prozesses veräussert wird und der Erwerber in den Prozess eintritt. Unter Veräusserung ist nicht nur die rechtsgeschäftliche Übertragung des Streitgegenstandes (z. B. durch Verkauf, Schenkung, Zession) zu verstehen, sondern auch ein Übergang auf dem Weg der Legalzession (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 53 N 4; GVP 1994 Nr. 52).

b) Art. 80 VRP verweist bezüglich der anwendbaren Verfahrensnormen auf die Beschwerde. Beim Beschwerdeverfahren handelt es sich jedoch um ein Anfechtungsverfahren. Deshalb sind auch die zivilprozessualen Verfahrensbestimmungen sachgemäss anzuwenden, wo dies im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren als typischem Zweiparteienverfahren angezeigt ist und das Beschwerdeverfahren keine spezifischen Normen enthält. Nachdem die Vorschriften über die Beschwerde keine Bestimmungen über den Parteiwechsel enthalten, ist Art. 53 ZPG analog anzuwenden.

c) Gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG tritt die Arbeitslosenkasse mit der Zahlung von Arbeitslosenentschädigung in die Lohn- und Entschädigungsansprüche ein, die dem Arbeitnehmer gemäss Art. 11 Abs. 3 AVIG gegenüber dem Arbeitgeber zustehen. Es handelt sich um eine Legalzession, die sich auf allfällige Lohnansprüche oder auf Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Kündigung des Arbeitsverhältnisses bezieht (vgl. Art. 11 Abs. 3 AVIG). Soweit die Kantonale Arbeitslosenkasse der Klägerin Leistungen als Ersatz für den strittigen Oktoberlohn erbracht hat, ist sie damit als Hauptpartei anstelle der Klägerin in den Prozess eingetreten. Nicht als Partei zu behandeln ist sie jedoch in Bezug auf das Rechtsbegehren um Zusprechung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Eine derartige Entschädigung hat primär pönalen Charakter und soll den missbräuchlich entlassenen Arbeitnehmer für die erlittene Ungerechtigkeit, nicht aber für den Arbeitsausfall entschädigen. Die Kantonale Arbeitslosenkasse kann deshalb in eine allfällige, der Klägerin zustehende Entschädigungsforderung im Sinne von Art. 336a Abs. 1 OR nicht eintreten.

d) Die Kantonale Arbeitslosenkasse hat entgegen ihren Ausführungen keine Angaben über allfällig erbrachte Leistungen gemacht. Auch hat sie nach der Erklärung über ihre Beteiligung am Prozess auf eine Replik verzichtet. Fehlt der Nachweis über erbrachte Leistungen, so erweist sich ihre Klage als unbegründet.



3. Die Beklagte erachtet das Begehren der Klägerin als unzulässig, weil sie es unterlassen habe, gegen die Auflösung des Angestelltenverhältnisses zu rekurrieren.

a) Unbestritten ist, dass die Klägerin gegen die Auflösung des Angestelltenverhältnisses nicht rekuriert hat. Sie äusserte zwar wiederholt ihre Bereitschaft zur Weiterführung der Arbeit, liess aber die gesetzliche Rekursfrist ungenutzt verstreichen.

b) Gemäss Art. 342 OR bleiben die Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbehalten. Die Bestimmungen des OR sind damit grundsätzlich auf öffentlich-rechtliche Angestelltenverhältnisse wie dasjenige zwischen Klägerin und Beklagter nicht anwendbar. Indessen ist es möglich, dass die Normen des OR kraft statischer oder dynamischer Verweisung in einem öffentlich-rechtlichen Erlass zu öffentlichem Recht des betreffenden Gemeinwesens werden. Wo solche Verweise fehlen und das öffentliche Recht eine Lücke aufweist, die nicht durch analoge Anwendung anderer öffentlich-rechtlicher Normen gefüllt werden kann, ist die analoge Anwendung der Vorschriften des OR in Betracht zu ziehen. Darüber hinaus werden die Normen des OR zuweilen als Minimal Standards verstanden, als minimale Schutzvorschriften, die vom öffentlichen Dienstrecht nicht unterschritten werden dürfen (vgl. M. Bertsch, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht. Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, in: ZBI 105/2004, S. 617 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

Die in einem öffentlich-rechtlichen Erlass vorgenommene Verweisung auf Bundeszivilrecht macht dieses zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens und ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen (T. Poledna, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 213). Allerdings ist das Gemeinwesen auch dann nicht im selben Mass frei wie ein Privater. Insbesondere ist der Staat selbst dort, wo er im Rahmen seiner öffentlichen Aufgaben privatrechtlich auftritt, an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden. Somit kann die Verweisung eines öffentlich-rechtlichen Erlasses auf das Einzelarbeitsvertragsrecht zum vornherein nur dazu führen, dass dieses in modifizierter Form zur Anwendung gelangt. Dabei geht es darum, dass insbesondere die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbotes und des Vertrauensschutzes bei der Anwendung einzelarbeitsvertraglicher Bestimmungen beachtet werden müssen (Poledna, a. a. O., S. 220).

c) Grundsätzlich ist ein zu Unrecht entlassener Mitarbeiter wieder in seine Funktion einzusetzen. Eine ausdrückliche Bestimmung, wonach einem zu Unrecht Entlassenen anstelle der Weiterbeschäftigung lediglich eine Abgangsschädigung zu leisten ist, kennt die st.gallische Gesetzgebung auch nach dem Erlass des StVG nicht (vgl. GVP 1995 Nr. 3 bezüglich der früheren Ordnung). Indes bestimmt Art. 83 StVG, dass bei der Auflösung von Angestelltenverhältnissen die obligationenrechtlichen Bestimmungen sachgemäss angewendet werden, soweit durch Verordnung keine weitergehenden Kündigungsschutzbestimmungen vorgesehen sind.

d) Die Regelung, wonach ein zu Unrecht Entlassener wieder in seine Funktion einzusetzen ist, erweist sich in der Praxis häufig als problematisch. Zum einen ist das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Zuge der Auseinandersetzungen oftmals derart gestört, dass eine weitere Zusammenarbeit mit Blick auf das öffentliche Interesse am Funktionieren der Verwaltung wenig sinnvoll und den Beteiligten auch kaum zumutbar ist. Ein Einsatz an einem anderen Ort in der Verwaltung ist nur selten möglich (Poledna, a. a. O., S. 230). Es wird deshalb häufig im Interesse des Arbeitnehmers liegen, nicht die Weiterbeschäftigung, sondern lediglich die Bezahlung einer Entschädigung anzustreben, was auch der vorliegende Fall zeigt.

Aufgrund dieser Überlegungen entschied das Verwaltungsgericht, dass Art. 336a OR kraft des Verweises von Art. 83 StVG im öffentlichen Dienstrecht insofern analog anzuwenden ist, als der Arbeitnehmer unter Berufung auf eine missbräuchliche Kündigung grundsätzlich die Wahl hat, auf dem Anfechtungsweg die Weiterbeschäftigung zu erstreiten oder eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen geltend zu machen (VerwGE vom 26. August 2003 i. S. E. Z.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verzicht des Arbeitnehmers auf die Anfechtung der Kündigung und die Rechtskraft der entsprechenden Verfügung der Beschreitung des Klagewegs und Geltendmachung einer Entschädigung unter Berufung auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht entgegenstehen. Der betroffene Arbeitnehmer kann auch unter Verzicht auf eine Anfechtung direkt den Klageweg beschreiten (vgl. E. M. Jud, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, Diss. St.Gallen 1975, S. 294 f.). Im weiteren ist klar, dass das Gemeinwesen sich nicht wie ein privater Arbeitgeber durch Zahlung einer Entschädigung eines Arbeitnehmers entledigen kann, wenn hierfür keine sachlichen Gründe vorliegen. Insbesondere ist der öffentliche Arbeitgeber bei der Auflösung des Dienstverhältnisses an die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien gebunden (VerwGE vom 23. August 2003 i. S. E. Z. mit Hinweis auf Poledna, a. a. O., S. 230; P. Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996, S. 101 ff.).

e) Somit ist festzuhalten, dass sich die Klägerin hinsichtlich der geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Kündigung analog auf die Tatbestände von Art. 336 OR berufen kann. Sollte sich ergeben, dass die Kündigung den vorstehend beschriebenen Anforderungen nicht genügt, kann sie in sachgemässer Anwendung von Art. 336a OR zudem eine Entschädigung beanspruchen. Im folgenden ist deshalb die Rechtmässigkeit der ausgesprochenen Kündigung zu prüfen.

4. Die Klägerin macht geltend, die Verlängerung der Probezeit sei unzulässig gewesen, weshalb die Kündigung rechtswidrig gewesen sei.

a) Gemäss Art. 82 StVG kann das Angestelltenverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf das Ende eines Kalendermonates gekündigt werden. Vorbehalten bleibt die Kündigung aus wichtigem Grund (Abs. 1). Während der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist vierzehn Tage (Abs. 2). Art. 83 StVG be-

stimmt sodann, dass betreffend den Kündigungsschutz die Bestimmungen des OR sachgemäss angewendet werden, soweit durch Verordnung keine weitergehenden Kündigungsschutzbestimmungen vorgesehen sind.

b) Der privatrechtliche Kündigungsschutz schützt Arbeitnehmer und Arbeitgeber einerseits vor missbräuchlich ausgesprochener Kündigung durch die jeweils andere Partei (Art. 336–336b OR), sowie – nach Ablauf einer allfälligen Probezeit – vor einer Kündigung zur Unzeit (Art. 336c – 336d OR). Während die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung grundsätzlich ein Anspruch auf eine durch den Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzende Entschädigung ist (Art. 336a OR), ist eine zur Unzeit ausgesprochene Kündigung nichtig und entfaltet damit keinerlei Wirkung (Art. 336c Abs. 2 OR).

c) Die Kündigung während der Probezeit ist insofern erleichtert, als – wie oben bereits erwähnt – die Bestimmungen über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit keine Anwendung finden. Um eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen zu verhindern, verbietet Art. 335b Abs. 2 OR die Vereinbarung bzw. nachträgliche Verlängerung der Probezeit auf mehr als drei Monate. Das Einverständnis des Arbeitnehmers mit einer mehr als drei Monate betragenden Probezeit hindert ihn nicht, diese später anzufechten (BGE 109 II 449).

d) Die Klägerin macht geltend, Art. 335b Abs. 2 OR, wonach für Probezeiten eine Höchstdauer von drei Monaten seit Stellenantritt gilt, finde auch auf ihr Anstellungsverhältnis Anwendung, weshalb die Probezeit Ende Juni 2004 ausgelaufen, deren Verlängerung unzulässig und somit widerrechtlich sei.

Aus der Fussnote zu Art. 83 StVG geht hervor, dass sich der Verweis auf die Art. 336 ff. OR bezieht, also auf die unter dem Titel «Kündigungsschutz» zusammengefassten Bestimmungen von Art. 336–336d OR. Sachgemäss anwendbar in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen sind damit in jedem Fall die Vorschriften über den Schutz vor missbräuchlicher Kündigung sowie, unter dem Vorbehalt, dass sich das Angestelltenverhältnis nicht mehr in einer Probezeit befindet, die Vorschriften über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit. Nicht unmittelbar anwendbar auf öffentlich-rechtliche Angestelltenverhältnisse sind jedoch mangels Verweises die Vorschriften, welche die Probezeit betreffen (insbesondere Art. 335b OR).

Das kantonale Recht enthält keine ausdrückliche Regelung über die Verlängerung der Probezeit. Zu prüfen ist daher, ob Art. 335b Abs. 2 OR, der die Probezeit auf maximal drei Monate begrenzt und eine Verlängerung ausschliesst, analog anzuwenden ist.

Die privatrechtliche Regelung findet ihre Begründung darin, dass es insbesondere dem Arbeitgeber nicht möglich sein soll, auf dem Umweg einer langen Probezeit die Bestimmungen über den Kündigungsschutz, insbesondere über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit (Art. 336c f. OR), zu umgehen (vgl. M. Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 335b N 2; ders., Basler Kommentar, Basel 1996, Art. 335b N 1).

Die Verlängerung der Probezeit kann indes auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, dies insbesondere dann, wenn seine bisherigen Arbeitsleistungen ob-

ektiv den Anforderungen nicht genügten. Art. 86 Abs. 1 StVG sieht im übrigen vor, dass durch Vertrag eine von den allgemeinen Regeln abweichende Regel getroffen werden kann, wenn die Umstände es rechtfertigen. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips kann bei Dienstverhältnissen anstelle der Entlassung als mildere Massnahme die Verlängerung der Probezeit zweckmässig sein und auch im Interesse des Angestellten liegen. Die Verlängerung der Probezeit gilt im öffentlichen Dienstrecht im übrigen als allgemein geübte Praxis (vgl. ZBI 91/1990 S.229 mit Hinweis). Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine analoge Anwendung von Art. 335 OR nicht.

e) Entscheidend fällt in Betracht, dass die Klägerin die an sie gestellten Anforderungen nicht erfüllt hat. Aus der von der Klägerin mitunterzeichneten Zusammenfassung des Mitarbeitergesprächs vom 29. Juni 2004 geht hervor, dass ihre Arbeitsleistung bezüglich der Qualität schwere Mängel aufwies, dass sie sich insbesondere nicht immer an den Reinigungsplan hielt, gewisse Reinigungsarbeiten nur widerwillig ausführte und auch nach Monaten mit den Reinigungsabläufen nicht vertraut geworden war. Zudem trug ihr Verhalten in der Gruppe zu Schwierigkeiten mit den anderen Mitarbeitern bei. Diese Mängel werden von der Klägerin denn auch nicht bestritten.

Es ist nachvollziehbar, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis nur unter der Voraussetzung einer verlängerten Probezeit weiterführen wollte. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Beklagte die Probezeit in irgend einer Weise missbräuchlich, allein unter Ausnutzung der Tatsache, dass sich die Klägerin in der wirtschaftlich schwächeren Position befand, verlängerte. Die Verlängerung der Probezeit war vielmehr allein in der mangelhaften Arbeitsleistung der Klägerin begründet. Zudem hat sich die Beklagte mehrfach bemüht, die Klägerin auf die Unzulänglichkeiten ihrer Arbeitsleistung hinzuweisen und ihr unmissverständlich erklärt, welche Verhaltensänderungen sie von ihr erwartet. Das Vorgehen der Beklagten ist unter diesen Umständen als Entgegenkommen zu werten. Sie hat sich im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips für eine mildere Massnahme als die Kündigung entschieden, obwohl eine solche unzweifelhaft ebenfalls rechtmässig gewesen wäre. Die einmalige, im Einverständnis mit der Klägerin vereinbarte Verlängerung der Probezeit war unter diesen Umständen zulässig.

f) Ist somit davon auszugehen, dass die Verlängerung der Probezeit zulässig war und sich das Anstellungsverhältnis damit im Zeitpunkt der Kündigung in der Probezeit befand, so gelangen die Vorschriften von Art. 336c f. OR über den Schutz vor Kündigung zur Unzeit zum Vornherein nicht zur Anwendung. Die Kündigung war damit trotz bestehender Schwangerschaft der Klägerin zulässig. Da die Kündigungsfrist während laufender Probezeit lediglich vierzehn Tage betrug (Art. 82 Abs. 2 StVG), ist die am 15. September 2004 per Ende September ausgesprochene Kündigung wirksam geworden.

Das Bundesgericht hat eine staatsrechtliche Beschwerde der Klägerin abgewiesen (Urteil 2P.121/2005 vom 19. Juli 2005).

### 3. Zivilrechtspflege

---

#### 60

*Art. 1 und 79 lit. a ZPO (sGS 961.2); Art. 118 BauG (sGS 731.1); Art. 27 und 81 VRP (sGS 951.1).* Das Grenzbereinigungsverfahren gemäss Art. 118 ff. BauG ist öffentlich-rechtlicher Natur und gehört damit nicht dem Zivilrecht an. Will eine Partei den im Rahmen des daran anschliessenden Rekursverfahrens abgeschlossenen Vergleich als unverbindlich anfechten, so ist entweder ein Wiedererwägungsgesuch zu stellen oder die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 19. April 2005*

Aus den Erwägungen:

5. a) Die Zulässigkeit des Zivilprozesswegs ist eine von Amtes wegen und in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfende Prozessvoraussetzung (Art. 79 lit. a ZPO). Sie kann – anders als etwa die örtliche Zuständigkeit (Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO; heute Art. 10 GestG) – nicht dadurch begründet werden, dass sich der Beklagte auf den Prozess einlässt.

Die Frage der Zulässigkeit des Prozesswegs (oder der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts) kann auch nicht offengelassen werden mit dem Argument, die Klage sei ohnehin abzuweisen. Denn diese Erkenntnis beruht auf einer materiellen Prüfung des Anspruchs, die das Zivilgericht nur vornehmen darf, wenn der Rechtsweg für die zu beurteilende Streitigkeit zulässig (und das Gericht sachlich zuständig) ist.

b) Gemäss Art. 1 ZPO ist der Zivilprozessweg offen für Zivilstreitigkeiten und für die übrige Anwendung des Zivilrechts durch den Richter (Abs. 1 lit. a), für die gemäss dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vom Richter zu beurteilenden Streitsachen (lit. b), für die Vollstreckung von Zivilurteilen (lit. c) und für die gemäss kantonalem Recht vom Zivilrichter zu beurteilenden öffentlich-rechtlichen Klagen (Abs. 2). Mit der «übrigen Anwendung des Zivilrechts durch den Richter» ist namentlich die nichtstreitige Gerichtsbarkeit gemäss Art. 200 ZPO gemeint (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2b zu Art. 1 ZPO), wo dem Gesuchsteller keine Gegenpartei gegenübersteht. Dazu zählt der Streit zwischen den Parteien offensichtlich nicht. Ebensowenig liegt ein Fall gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b und c oder Abs. 2 ZPO vor.

Zu prüfen bleibt daher im Folgenden einzig, ob es sich hier um eine Zivilstreitigkeit im Sinn des Art. 1 Abs. 1 lit. a ZPO handelt. Ist die Frage zu verneinen, kann auf die Rechtsbegehren nicht eingetreten werden.

c) Eine Zivilstreitigkeit liegt vor, wenn das dem Streit zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem Zivilrecht angehört, wenn es sich um eine Streitigkeit zwischen gleichberechtigten Rechtssubjekten, zwischen zwei oder mehreren natürlichen

oder juristischen Personen als Träger privater Rechte oder zwischen einer solchen Person und einer Behörde, der das Zivilrecht Parteistellung zuerkennt, handelt, und wenn vor dem Richter ein kontradiktorisches Verfahren eingeleitet worden ist, das auf die endgültige Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse abzielt (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 2a zu Art. 1 ZPO, mit Hinweisen).

d) (Der Kläger verlangt die Feststellung der Unverbindlichkeit der Vereinbarung vom 20./28. Mai/2. Juni 1998. Gegenstand dieser Vereinbarung sind u. a. ein Landabtausch zwischen zwei Grundstücken im Bereich der gemeinsamen Grenze, die Verschiebung eines Öltanks und die Einräumung eines gegenseitigen Fuss- und Fahrwegrechts. Nachdem die privaten Verhandlungen gescheitert waren, strengte der Kläger am 20. März 1997 beim Gemeinderat ein Grenzbereinigungsverfahren an. Dieses ist im Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht geregelt [Art. 118 und Art. 119 BauG]. Gegen den ablehnenden Entscheid des Gemeinderats reichte der Kläger alsdann beim kantonalen Baudepartement Rekurs ein. In der Folge kam die strittige Vereinbarung zustande, aufgrund welcher das Baudepartement das Rekursverfahren als erledigt abschrieb.)

Dieser Verfahrensablauf zeigt, dass die Vereinbarung unter massgeblicher Mitwirkung der Rekursinstanz zustande kam: Anlässlich der von ihr durchgeführten Verhandlung wurden unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten – namentlich auch der politischen Gemeinde – und auf der Basis eines Vorschlags des kantonalen Planungsamts die Eckpunkte einer gütlichen Lösung fixiert und anschliessend den Parteien Zeit für die Aushandlung der detaillierten Vereinbarung eingeräumt. Die von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung qualifiziert sich damit als gerichtlicher Vergleich, der gleich zu behandeln war wie ein übereinstimmender Antrag der Parteien über die Rekurs erledigung (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., Rz 1117 und 1120; vgl. auch die Ziff. 7 der Vereinbarung). Indem das Baudepartement diesen Vergleich entgegennahm und gestützt darauf das Rekursverfahren beendete, kommt er in seiner Wirkung einem Rekursentscheid gleich (Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz 1118). Das gilt namentlich auch hinsichtlich der Bindung der Rekursbehörde und der Vertragsparteien an den Entscheid. Der Kläger kann deshalb den Vergleich nicht einfach nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR), die an sich analog auch für öffentlich-rechtliche Verträge gelten (BGE 105 Ia 207 E.2c), als unverbindlich anfechten. Er muss vielmehr auf die Erledigungsverfügung selbst zurückkommen, sei es, dass er ein Wiedererwägungsgesuch stellt (Art. 27 i.V. m. Art. 58 Abs. 1 VRP), sei es, dass er die Wiederaufnahme des Verfahrens (Revision) verlangt (Art. 81 ff. VRP). Über beide Begehren entscheidet die Instanz, welche den Entscheid getroffen hat (Art. 27 und 82 VRP; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz 1179 f. und 1187; Werner Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Zürich 1978, 106 f. und 115 f.) – hier also das Baudepartement des Kantons St.Gallen und nicht ein Zivilgericht.

**61**

*Art. 14, 54 und 66 ZPO (sGS 961.2); Sachliche Zuständigkeit bei nicht identischen Klagen mit verschiedenem Rechtsgrund (unerlaubte Handlung und aktienrechtliche Verantwortung).*

*Kassationsgericht, 27. April 2005*

Die Beschwerdeführerin unterbreitete dem Kreisgericht ein Rechtsbegehren, lautend auf die Verpflichtung der Gegenparteien zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Ein Nebenbegehren von untergeordneter Bedeutung im Sinn von Art. 66 ZPO hingegen wäre ein zusätzliches Begehren, das mit dem Hauptbegehren zusammenhängt. Es liegt nicht eine Haupt- und eine Nebenklage vor, welche von einem einzigen Gericht zu beurteilen sind, sondern materiell-rechtlich konkurrierende Anspruchsgrundlagen aufgrund von verschiedenen Lebenssachverhalten zur Begründung von Forderungen gegen verschiedene Schädiger auf Ersatz eines (aus Sicht der Beschwerdeführerin rein wirtschaftlich betrachtet: gleichen) Schadens. Für die Beurteilung des Anspruchs aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist ausschliesslich das Handelsgericht zuständig (Art. 15 Abs. 1 Bst. b ZPO), während die sachliche Zuständigkeit des Anspruchs aus unerlaubter Handlung nach Art. 14 und 15 ZPO zu beurteilen ist. Soweit die Klägerin unterschiedlich begründete Ansprüche aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten geltend machen will (Ansprüche aus unerlaubter Handlung und Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit), stehen diese Ansprüche nicht im Verhältnis von einem Haupt- und Nebenanspruch im Sinn von Art. 66 ZPO. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Klagenhäufung, die – entgegen Art. 66 ZPO – bei besonderer Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 69 Bst. a ZPO (i.V. m. Art. 15 Abs. 1 Bst. b ZPO) am Kreisgericht (anders als am Handelsgericht: Art. 15 Abs. 2 ZPO) unzulässig wäre.

Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach der Natur des Rechtsstreites. Klagt der Kläger auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme und ergibt sich aus dem Rechtsbegehren nicht, welcher materiellrechtliche Anspruch der Klage zugrunde liegt, muss auf die Klagebegründung zurückgegriffen werden (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts [7. A. Bern 2001], S. 214 [8. Kapitel, Rz. 9]). Darüber, wie dies zu geschehen habe, bestehen verschiedene Theorien (Übersichten bei Vogel/Spühler, S. 214 f. [8. Kapitel, Rz. 10 ff.] oder bei Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht [4. A. Zürich 1996], S. 260 ff. [§ 26, Rz. 48 ff.]). In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung herrscht die Theorie des Lebensvorgangs vor: der Komplex von Tatsachen, auf den sich die Klage stützt (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht [3. A. Zürich 1979], S. 201; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern [5. A. Bern 2000] N. 3 zu Art. 94 ZPO BE; Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 1c zu Art. 72 ZPO). Dem Kläger obliegt es nicht, im Prozess einen bestimmten materiellen Anspruch zu bezeichnen,

den er mit der Klage geltend macht. Er darf sich darauf beschränken, ein Rechtsbegehren zu stellen und die Tatsachen vorzubringen, aus denen er ableitet, sein Rechtsbegehren sei begründet. Er kann angeben, auf welche gesetzlichen Bestimmungen er sich stützt; er muss dies aber nicht tun. Denn es ist Sache des Richters, von Amtes wegen anhand aller in Betracht fallenden Rechtsnormen zu prüfen, ob sich das Rechtsbegehren aufgrund der vorgebrachten Tatsachen als begründet erweise (Guldener, S. 200; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung [3. A. Zürich 1997] N. 13a zu § 61 ZPO ZH, Ergänzungsband hierzu [Zürich 2000] ohne einschlägige Zusätze).

Nach Art. 78 ZPO wendet der Richter das Recht von Amtes wegen an. Auszugehen ist dabei von den vorgebrachten Tatsachen. Nach der im st.gallischen Zivilprozessrecht vorherrschenden Theorie des Lebensvorgangs hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen, ob sich eine geltend gemachte Forderung auf eine andere Rechtsgrundlage stützen lasse, wenn die in der Klagebegründung (fakultativ) enthaltene Rechtsgrundlage nicht zum Erfolg führt (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 2b zu Art. 78 ZPO). An die von einer Partei vorgebrachte rechtliche Begründung ist der das Recht von Amtes wegen anwendende Richter nicht gebunden; ebenso wenig darf er bei seiner Rechtsanwendung von Amtes wegen unbesehen auf übereinstimmende rechtliche Vorbringen beider Parteien abstellen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 1c zu Art. 78 ZPO). Welcher Rechtsgrundlage die vorgebrachten Tatsachen zugeordnet werden, ist eine Frage der Subsumtion. Diese wiederum betrifft die Anwendung des materiellen Rechts. Handelt es sich hierbei, wie im gegenständlichen Fall, um Bundesrecht, so beantwortet sich auch die Frage, ob die Vorinstanz die vorgebrachten Tatsachen der zutreffenden Rechtsgrundlage zugeordnet habe, nach Bundesrecht. Entscheidet das Kassationsgericht im Sinn von Art. 154 ZPO zu Beginn oder während eines Prozesses, ob das Handelsgericht oder ein anderes Gericht sachlich zuständig sei, so muss es hierfür mitunter (ausserhalb seiner funktionalen Zuständigkeit) auch Bundesrecht anwenden. Dies geschieht jedoch nur vorfrageweise und nur soweit der Zuständigkeitsentscheid es gebietet. Solche Anwendung von Bundesrecht bindet die betroffenen Gerichte nur insofern, als mit dem Entscheid des Kassationsgerichts die sachliche Zuständigkeit unverrückbar feststeht. Das sachlich zuständige Gericht ist jedoch bei seiner materiellen Beurteilung an die allfällige (nur vorfrageweise erfolgte) Anwendung von Bundesrecht, die dem Zuständigkeitsentscheid des Kassationsgerichts zugrunde liegt, nicht gebunden (GVP 2003 Nr. 69).

Im vorliegenden Fall liegt keine Klage vor, die nach Art. 15 ZPO zwingend vom Handelsgericht als einziger kantonaler Instanz zu beurteilen ist. Vielmehr klagte die Beschwerdeführerin (auch) eine Forderung aus unerlaubter Handlung ein. Diese hätte zwar auch beim Handelsgericht (zusammen mit einem Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit) geltend gemacht werden können. Die Klage aus unerlaubter Handlung musste aber nicht beim Handelsgericht erhoben werden. Die Forderung aus unerlaubter Handlung gehört zu den Streitigkeiten, deren Zuständig-



keit nach Art. 14 ZPO zu beurteilen ist (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 4c zu Art. 14 ZPO). Sie ist nach Art. 14 Abs. 2 ZPO der Prorogation zugänglich. Davon haben die Parteien im zulässigen Rahmen Gebrauch gemacht. Deshalb war das Kreisgericht zur Beurteilung der Klage aus unerlaubter Handlung sachlich zuständig.

## 62

*Art. 14 und 54 ZPO (sGS 961.2). Sachliche Zuständigkeit.*

*Kassationsgericht, 13. September 2005*

Als Erbengemeinschaft bilden die Beklagten eine notwendige passive Streitgenossenschaft (Art. 44 ZPO; Art. 602 ZGB; Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3a zu Art. 44 ZPO). Sind nicht alle Beklagten im Handelsregister eingetragen, so ist nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichts massgebend, wo in Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien das tatsächliche Schwergewicht liegt (GVP 1996 Nr. 64).

Soweit die Parteien nach Art. 14 Abs. 2 ZPO im gegenseitigen Einvernehmen anstelle des Handelsgerichts das Kreisgericht oder bei einem Streitwert bis Fr. 30 000.00 anstelle des Kreisgerichts das Handelsgericht anrufen können, wird damit nur, anders als nach § 64 Ziff. 1 ZPO ZH, die Voraussetzung des Streitwerts (vorstehende Ziff. 17.2) relativiert, nicht jedoch die Voraussetzung des Registereintrags. Ohne Registereintrag der Parteien kann die Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht vereinbart werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3e und N. 7b zu Art. 14 ZPO; GVP 1994 Nr. 54). Entsprechend vermag die in den gegenständlichen Mietverträgen enthaltene Klausel, wonach die Parteien im Fall von Streitigkeiten die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons St.Gallen vereinbaren, zwischen der Klägerin und den nicht im Handelsregister eingetragenen Beklagten keine Wirkung zu entfalten.

Der Kläger ist seit dem 26. August 2003 als Einzelfirma im Handelsregister des Kantons St.Gallen eingetragen. Als Zweck ist Architektur, Projektleitung, Bauberatung und Controlling angegeben. Massgebend für die Erfüllung der Voraussetzung des Registereintrages ist – wie der Kläger zur Recht festhält – der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage beim Gericht, nicht derjenige des Abschlusses des Gegenstand des Rechtstreites bildenden Vertrages (Leuenberger/Uffer, N 3c zu Art. 14 ZPO mit Hinweisen; GVP 2003, Nr. 70). Die Rechtshängigkeit fällt vorliegend mit der Klageeinreichung am 21. März 2005 zusammen. Zu jenem Zeitpunkt war der Kläger als Einzelfirma im Handelsregister eingetragen, so dass die Voraussetzung des Registereintrages auf klägerischer Seite gegeben ist. Die Gerichtspra-

xis nimmt es im Übrigen in Kauf, dass vorprozessual durch Eintragung oder Nicht-eintragung einer Partei im Handelsregister bzw. durch Zession von Forderungen an eingetragene oder nicht eingetragene Rechtssubjekte auf die sachliche Zuständigkeit Einfluss genommen werden kann (GVP 2002, Nr. 79).

Die Beklagten bilden ein Baukonsortium und damit ein Gesamthandverhältnis in der Rechtsform einer einfachen Gesellschaft. Als solche wird im Kaufvertrag selbst das Baukonsortium X. bezeichnet. Gesamthandschaften wie einfache Gesellschaften sind nicht parteifähig (Leuenberger/Uffer, N 4b zu Art. 38 ZPO mit Hinweisen), wohl aber die Gesellschafter, die bei der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs infolge Solidarität (Art. 544 Abs. 3 OR) eine einfache Streitgenossenschaft bilden (Art. 46 ZPO). Die Gesellschafter und Beklagten sind beide als juristische Personen im Handelsregister eingetragen, so dass auch auf beklagtischer Seite die Voraussetzung des Registereintrages erfüllt ist.

Entscheidend ist nicht die Qualifikation des zu beurteilenden Vertrages, sondern ob die Voraussetzungen des Registereintrages und der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit gegeben sind, nebst der erforderlichen Höhe des Streitwertes. Sind die genannten Voraussetzungen zu bejahen, kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich bei den zu entscheidenden Streitfragen um «typisch handelsrechtliche Fragen» handelt.

## 63

*Art. 73 Abs. 2 lit. a ZPO (sGS 961.2); Art. 36 OG (SR 173.110).* Die Berechnung des Streitwertes setzt vorerst die Bestimmung des Streitgegenstandes voraus. Ist die Feststellung des Bestands des Pachtverhältnisses Streitgegenstand und handelt es sich um ein Rechtsverhältnis von unbeschränkter Dauer, so ist für die Streitwertberechnung auf den zwanzigfachen Betrag des jährlichen Pachtzinses abzustellen.

*Kantonsgericht, Präsidentin der III. Zivilkammer, 31. Mai 2005*

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Berechnung des Streitwertes in Verfahren vor st.gallischen Gerichtsbehörden richtet sich nach dem Zivilprozessgesetz. Dieses enthält jedoch keine spezielle Bestimmung zur Berechnung des Streitwertes im Fall, dass die Gültigkeit der Kündigung eines Pachtvertrages umstritten ist. Für die Berufung an das Bundesgericht ist Art. 36 OG massgeblich. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können kantonale Verfahrensbestimmungen, die mit jenen des

OG unvereinbar sind, mit Berufung wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (und nicht lediglich mit staatsrechtlicher Beschwerde) angefochten werden (BGE 119 II 183 ff. = Pra 84 Nr. 257, E. 5.a und Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N 1.2.4 zu Art. 48 OG a.E.; vgl. auch GVP 1994 Nr. 56). Die Streitwertgrenze von Fr. 8000.– ist somit, auch wenn sie das kantonale Rechtsmittelverfahren betrifft, nach den bundesgerichtlichen Regeln von Art. 36 OG zu bestimmen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2c Vorbemerkungen zu Art. 73 – 76 ZPO).

b) Die Vorinstanz berechnete den Streitwert in Anwendung von Art. 73 Abs. 2 lit. a ZPO. Da nach Ziffer 1.1 des Pachtvertrages der jährliche Pachtzins Fr. 55.– pro Are betrage und da die fraglichen Parzellen Nr. 79 und 80a eine Fläche von 150 m<sup>2</sup> aufweisen würden, ergäbe sich ein Streitwert von Fr. 1650.– (20 x Fr. 55.– x 1,5 = Fr. 1650.–). Der Kläger ist jedoch der Ansicht, es gehe hier nicht um den Wert des Pachtzinses. Schon der rein materielle Nutzen des gepachteten Bodens sei für ihn wesentlich höher. Hinzu komme ein ideeller Wert des Familiengartens. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass er bei einer Beendigung der Pacht die Parzelle komplett von Bauten und Kulturen zu räumen habe. Dieser Aufwand sei sehr bedeutend; mit der Anfechtung der Kündigung wolle er auch diesen Aufwand vermeiden. Die Räumung der Parzelle würde ihm einen Verlust von gegen Fr. 23 700.– verursachen. Die Streitwertgrenze für die Berufung werde damit erreicht.

c) Die Berechnung des Streitwerts setzt vorerst die Bestimmung des Streitgegenstands voraus. Es sind somit diese zwei Fragen – Streitgegenstand und anschliessend dessen geldmässige Bewertung – zu unterscheiden (Poudret/Sandoz-Monod, a. a. O., N 2 und 3.1 zu Art. 36 OG). Der Streitgegenstand bestimmt sich nach dem Rechtsbegehren.

Der Kläger stellt den Antrag, die Kündigung vom 6. Juli 2004 sei nichtig bzw. ungültig zu erklären. Er macht geltend, die vom Beklagten angegebenen Kündigungsgründe erfüllten die vertraglichen Kündigungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht nicht. Die nichtige Kündigung ist wirkungslos (Roger Weber, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 266o OR; Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 266o und N 132 ff. Vorb zu Art. 266–266o OR). Ist die Kündigung demgegenüber gültig, ist das Pachtverhältnis auf den Beendigungstag hin aufgehoben. Die Kündigung als Gestaltungsrecht verändert unmittelbar die Rechtslage. Es bedarf hierfür keines Urteils. Das Urteil kann nur noch in der Folge den Bestand oder Nicht-Bestand des Rechtsverhältnisses feststellen oder – anders ausgedrückt – die Gültigkeit oder Nichtigkeit der Kündigung. Gegenstand der vorliegenden Klage ist somit die Feststellung in diesem Sinn.

Ist das Pachtverhältnis aufgehoben, entstehen Rückgabeansprüche und -pflichten der Parteien. Der vom Kläger im Berufungsverfahren geltend gemachte Aufwand betrifft zum grossen Teil solche Wiederherstellungskosten, die ihm aus der Verpflichtung zu ordnungsgemässen Rückgabe (Art. 289a und 299 OR; Ziff. 2.2 und

2.3 des Pachtvertrages) der Sache allenfalls entstehen (Entfernen der Pflanzen, Entfernen von Gewächshaus- und Gartenhaus, Räumen). Solche Wiederherstellkosten entstehen ohnehin bei jeder (auch einer späteren) Beendigung einer Pacht und fallen daher grundsätzlich ausser Betracht. Im Zusammenhang mit einer vorzeitigen Kündigung kann sodann dem Pächter allenfalls ein Schaden entstehen, weil die vorgesehene Amortisation von Einrichtungen und Pflanzen über eine längere Zeit nicht möglich bleibt. Diesbezüglich kann somit ein Zusammenhang mit dem Zeitpunkt einer Kündigung und damit – mittelbar – auch der Gültigkeit beziehungsweise Ungültigkeit einer konkreten Kündigung bestehen. Auch im Hinblick auf einen solchen möglichen Schaden ist jedoch vorliegend nichts zu berücksichtigen, aus zweifachem Grund: Zum einen ist aus den klägerischen Angaben zum Streitwert nicht ersichtlich, welcher Teil der von ihm aufgelisteten Beträge allenfalls darauf entfallen könnte. Er zählt einfach überall die Anschaffungs- beziehungsweise Erstellungskosten auf. Es fehlt somit an der nötigen Substantiierung. Vor allem aber wären solche möglichen Schadenpositionen als Streitwert nur zu berücksichtigen, wenn der Kläger auch entsprechend auf Schadenersatz – für den Eventualfall, dass die Kündigung geschützt werden sollte – geklagt hätte. Er verlangt jedoch einzig die Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung. Ist somit einzig die Feststellung des Bestands des Pachtverhältnisses Streitgegenstand, ist auch nur der Streitwert dieses Streitgegenstands zu beurteilen.

d) Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts berechnet sich der Streitwert in mietrechtlichen Verfahren betreffend die Gültigkeit einer Kündigung nach der Dauer, während der ein Vertrag notwendigerweise weiterläuft, wenn die Kündigung nicht gültig ist und erstreckt sich bis zum Zeitpunkt, auf welchen hin eine neue Kündigung ausgesprochen werden kann oder tatsächlich ausgesprochen wurde (mp 3/95, 162 [Entscheid des Bundesgerichts, 1. Zivilabteilung, vom 28. März 1995]; BGE 111 II 385 f.; BGE 119 II 148 f.; ZR 103 [2004] Nr. 61; Poudret/Sandoz-Monod, a. a. O., N 9.6 zu Art. 36 OG; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4d zu Art. 75 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N 12 zu § 18 ZPO). Der Streitwert entspricht somit den während der massgebenden Zeitspanne geschuldeten Mietzinsen (vgl. mp 3/95, 162 [Entscheid des Bundesgerichts, 1. Zivilabteilung, vom 28. März 1995]; BGE 111 II 386). Diese Rechtsprechung gilt auch für pachtrechtliche Verfahren. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beklagte nur bei Vorliegen besonderer Gründe berechtigt ist, den Pachtvertrag zu künden. Solche Gründe sind namentlich das Nichterfüllen finanzieller Verpflichtungen, der Verstoss gegen den Pachtvertrag, die Statuten oder die Gartenordnung sowie das Nichtbefolgen von Anordnungen des Vorstandes. Eine ordentliche Vertragsbeendigung durch den Beklagten, d. h. ohne Angabe von Gründen, ist somit nicht möglich. Für die Streitwertberechnung kann daher nicht auf diese Rechtsprechung abgestellt werden.

Nach Art. 73 Abs. 2 ZPO beziehungsweise Art. 35 Abs. 4 OG gilt als Streitwert wiederkehrender Leistungen oder Nutzungen der mutmassliche Kapitalwert. Vom

Streitwert wiederkehrender Leistungen und Nutzungen spricht man, wenn die Leistungen oder Nutzungen des betreffenden Rechtsverhältnisses als Ganzes streitig sind (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 4a zu Art. 73 ZPO). Dies ist hier der Fall: Streitgegenstand ist die Feststellung des Bestands des Pachtverhältnisses. Ist der Bestand eines Miet- oder Pachtverhältnisses von bestimmter Dauer Streitgegenstand, bemisst sich der Streitwert nach dem Kapitalwert der Miet- oder Pachtzinse, die aufgrund des umstrittenen Vertrages zu bezahlen wären (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 5b zu Art. 73 ZPO). Da der Beklagte den Vertrag nicht ordentlich kündigen kann, handelt es sich hier um ein Rechtsverhältnis von unbeschränkter Dauer. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer wird grundsätzlich auf den zwanzigfachen Betrag der einjährigen Leistung oder Nutzung abgestellt (Art. 73 Abs. 2 lit. a ZPO beziehungsweise Art. 36 Abs. 5 OG; Poudret/Sandoz-Monod, a. a. O., N 8.1, 8.2 und 9.6 zu Art. 36 OG).

Da der jährliche Pachtzins Fr. 82.50 beträgt (1,5 x Fr. 55.–; kläg. act. 2 Ziff. 1.1), ergibt sich, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, ein Streitwert von Fr. 1650.– (20 x Fr. 82.50). Der Kläger erwähnt in diesem Zusammenhang schliesslich, es wäre für die Streitwertberechnung nicht auf den (tiefen) Pachtzins abzustellen. Schon der rein materielle Nutzen des Bodens sei für ihn wesentlich höher. Ob statt auf den vereinbarten Zins auf den allenfalls höheren Ertrag abgestellt werden könnte, kann offen bleiben. Der Kläger behauptet nämlich selber nicht, dieser Ertragswert übersteige für sich allein die Streitwertgrenze von Fr. 8000.–. Er behauptet nur, dieser sei «wesentlich höher» als der massgeblich Zinsbetrag von Fr. 1650.–. Er zählt dann aber wie erwähnt weitere Streitwertpositionen hinzu und kommt erst in der Addition sämtlicher Positionen auf einen Streitwert über Fr. 8000.–.

Auf die Berufung ist damit nicht einzutreten.

## 64

*Art. 75, 254 Abs. 1 lit. c und Art. 268 Abs. 2 ZPO (sGS 961.2).* Ein Vermittler handelt willkürlich, wenn er in einem überdurchschnittlichen Fall für das Vermittlungsverfahren lediglich eine Parteientschädigung von knapp 4,5 Prozent des Honorars für das (ganze) erstinstanzliche Verfahren zuspricht.

*Kantonsgericht, Vizepräsidentin der III. Zivilkammer, 18. Juli 2005*

Am Vermittlungsvorstand vom 20. Mai 2003 hatten die heutigen Klägerinnen in einer Erbschaftsangelegenheit die Rechtsbegehren des heutigen Beklagten 2 anerkannt. In der Folge machten die Klägerinnen geltend, diese Anerkennung sei mit

einem Willensmangel behaftet. Am 22. Juni 2004 fand der zweite Vermittlungsvorstand statt, in welchem es darum ging, die Anerkennung der Teilungs-, Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage des Beklagten 2 durch die Klägerinnen aufzuheben. Nachdem es die Klägerinnen unterlassen hatten, innert der zweimonatigen Frist ab Ausstellung des Leitscheins Klage einzureichen, ersuchte der Beklagte 2 das Vermittleramt um Erlass eines Kostenentscheids.

Aus den Erwägungen:

3. Der Entscheid ist aber auch in der Sache willkürlich. Unabhängig von der formellen Rechtsverweigerung ist er daher aufzuheben.

a) Vorerst ist festzustellen, dass sich die Parteientschädigung für die Vermittlung vom 22. Juni 2004 nicht an der am Vermittlungsvorstand vom 20. Mai 2003 abgeschlossenen Vereinbarung, wo man sich auf eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 5000.– beschränkte, zu orientieren hatte. Einerseits ist es oft so, dass sich eine Partei für den Fall, dass eine Einigung zustande kommt, mit einer reduzierten Parteientschädigung begnügt. Andererseits wurde der klägerische Rechtsvertreter mit Schreiben des beklagischen Rechtsvertreters vom 17. Mai 2004 unmissverständlich darauf aufmerksam gemacht, dass er im Fall einer Anfechtung des Vergleichs ein erhebliches Kostenrisiko eingehe, sei doch von einem Streitwert von Fr. 10 Mio. auszugehen. Die Klägerinnen mussten sich somit des Kostenrisikos bewusst sein und hatten keine Veranlassung anzunehmen, der Beklagte würde sich mit Fr. 2000.– begnügen.

b) Die Klägerinnen hatten in ihrer Stellungnahme vom 19. November 2004 den geltend gemachten Streitwert von 10 Mio. nicht bestritten. In ihrer Eingabe vom 11. Oktober 2004 hatten sie jedoch geltend gemacht, der Streitwert umfasse nicht den ganzen Bruttonachlass, sondern höchstens die jeweiligen Pflichtteile (je ein Achtel des Nettonachlasses). Darauf berufen sie sich auch im Beschwerdeverfahren. Die Vermittlerin ging im Kostenentscheid grundsätzlich von einem Streitwert von 10 Mio. aus, da sie annahm, dieser sei unbestritten geblieben. Diese Annahme ist demnach aktenwidrig.

Der Beklagte 2 nimmt an, das Streitbetreffnis sei der Bruttowert des Gesamtnachlasses, der ja nach den Rechtsbegehren festzustellen und zu teilen sei. Jedoch ist nach Lehre und Rechtsprechung zu differenzieren. Der Gesamtwert des zu teilenden Vermögens – und zwar der Nettowert, nicht die Bruttoaktiven – gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der vorherrschenden Lehre nur dann als massgeblicher Streitwert, wenn streitig ist, ob eine Teilung überhaupt zulässig ist. Ist die Teilung als solche aber nicht streitig, gilt der mit der Klage geltend gemachte Erbteil (zufolge Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung oder Herabsetzung) als Streitwert (BGE 86 II 451; Leuenberger/Uffer, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 4a zu Art. 75 m.w.N.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N 10 zu § 18; Peter C. Schaufelberger, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 26 zu Art. 604 ZGB).

Soweit ersichtlich einzig Poudret/Sandoz-Monod (Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bern 1990, N 9.4 zu Art. 36 OG) vertreten die Auffassung, auch bei unstreitiger Teilung sei vom gesamten Nettonachlass auszugehen, denn es gehe immer darum, den ganzen Nachlass zu teilen und die Anteile aller Erben zu bestimmen.

Hier gibt es keine Anhaltspunkte, dass die Teilung selber strittig war. Vielmehr ging es offenbar im Kern darum, dass gestützt auf eine handschriftliche letztwillige Verfügung vom 22. Dezember 1987 geteilt werden sollte, wobei diese Verfügung bis zum Pflichtteil des Beklagten 2 und damaligen Klägers hätte herabgesetzt werden sollen. Letztlich kann die Frage, was der Streitwert in der ursprünglichen Teilungs-, Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage gewesen wäre, jedoch offen gelassen werden. Gegenstand des zweiten Vermittlungsvorstands vom 22. Juni 2004 war nämlich nicht Teilung, Ungültigkeit und Herabsetzung, sondern die Anfechtung der am ersten Vermittlungsvorstand vom 20. Mai 2003 ausgesprochenen Anerkennung der Teilungs-, Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage des Beklagten 2 durch die Klägerinnen gestützt auf einen Willensmangel. Darauf weist der Beklagte 2 in seiner Rechtsverweigerungsbeschwerde zu Recht selber hin. Die Klägerinnen hatten offenbar die Frist für eine eigene Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage verpasst und auch keine Einredemöglichkeit (Art. 521 Abs. 3 und 533 Abs. 3 ZGB), was bewirkte, dass sie als Erbinnen ausschieden und ihre Pflichtteile der Beklagten 1 als durch die letztwillige Verfügung begünstigten überlebenden Ehefrau zugute kamen. Es ging somit in der Vermittlung vom 22. Juni 2004 darum, ihre Anerkennung jener Klagen aufzuheben, womit die ursprünglich eingeleitete Vermittlung mit den Rechtsbegehren auf Teilung, Ungültigkeit und Herabsetzung wieder hängig werden sollte und sie damit die Möglichkeit erhalten sollten, ihre Pflichtteilsansprüche einredeweise im Rahmen jener Teilungsklage (BGE 120 II 417 ff.; 103 II 88) durchzusetzen. Der Streitwert entspricht somit dem, was sie durch die Anfechtung zu erhalten hofften, also den beiden Pflichtteilsansprüchen der Klägerinnen (und ursprünglichen Beklagten).

(Der Streitwert entspricht rund Fr. 1 195 000.–.)

c) Bei diesem Streitwert beträgt das mittlere Honorar Fr. 43 082.– (Art. 14 lit. g HonO). Im Vermittlungsverfahren kann hiervon bis zu einem Fünftel verlangt werden (Art. 27 lit. a HonO), also maximal Fr. 8616.–, zuzüglich Barauslagen von 4 Prozent des Honorars (Art. 29bis HonO) und MwSt. In mittleren (durchschnittlichen) Fällen soll das Honorar bei 10 Prozent liegen (Vermittlerhandbuch, Rz 218). Ob ein mittlerer, ein unterdurchschnittlicher oder ein überdurchschnittlicher Fall vorliegt, beurteilt sich aufgrund des Vorbereitungsaufwands im Hinblick auf die Vermittlung, aufgrund des Aufwands für die Vermittlung selber, schliesslich aber auch – entgegen der Auffassung der Klägerinnen – aufgrund des Aufwands nach dem Vermittlungsvorstand bis zum Ablauf der Einschreibungsfrist (zum Beispiel im Hinblick auf eine doch noch mögliche Vermeidung des Prozesses, gleichsam als Verlängerung der Bemühungen am Vermittlungsvorstand). Es sind daher nicht nur

die mit einem Vermittlungsvorstand unmittelbar zusammenhängenden Kosten zu erstatten (vgl. auch GVP 1962 Nr. 24).

Die von der Vermittlerin festgelegte Entschädigung von pauschal Fr. 2000.– (inklusive Barauslagen) entspricht lediglich knapp 4,5 Prozent des mittleren Honorars. Das wäre somit dann nicht willkürlich, wenn von einem unterdurchschnittlichen Fall ausgegangen werden könnte. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund der Akten und Unterlagen, über welche die Vermittlerin bei ihrem Entscheid verfügte. Bei der Rechtsverweigerungsbeschwerde gilt das Novenverbot (Leuenberger/Ufer-Tobler, a. a. O., N 3 zu Art. 255 ZPO). Im Gesuch an die Vermittlerin begründete der Beklagte 2 seinen Anspruch mit der umfangreichen Instruktion und dem zur Beurteilung der Frage, ob allenfalls Vergleichsbedarf bestehen würde, zwingend notwendig gewordenen einlässlichen Rechts- und Aktenstudium. Ausserdem verwies er auf ein vor dem Vermittlungsvorstand an die Gegenpartei gerichtetes Schreiben vom 17. Mai 2004. Umfangreiche Korrespondenz und Aktivitäten schon Monate vor dem Vermittlungsvorstand, wie sie vom Beklagten in der Rechtsverweigerungsbeschwerde nun geltend gemacht werden, konnten daher von der Vermittlerin zum vornherein nicht berücksichtigt werden. Es kann daher auch offen bleiben, ob und in welchem Ausmass solche Aktivitäten noch zum Vorbereitungsaufwand für die Vermittlung gerechnet werden dürften. Ebenfalls enthält das Gesuch vom 2. September 2004 keinen Hinweis auf nach der Vermittlung noch gehaltenen Aufwand, sodass die Vermittlerin auch diesen nicht einbeziehen konnte. Zu Recht macht der Beklagte aber geltend, dass der Gegenstand dieser Vermittlung ein anderer war (Anfechtung wegen Willensmängeln) als derjenige der Vermittlung vom 21. Mai 2003. Die Vermittlerin war sich offenbar der unterschiedlichen und komplexen Rechtslage nicht wirklich bewusst, wenn sie schreibt, es sei lediglich darum gegangen, «die Akten aus dem ersten Verfahren kurz zu studieren sowie die Mandaten und allenfalls den Vertreter des jeweils Mitangeklagten zu konsultieren». Einerseits musste nämlich abgeklärt werden, wie die erbrechtliche Situation der Klägerinnen wäre, wenn die Anfechtung erfolgreich wäre und andererseits, inwiefern aufgrund des Verhaltens aller Beteiligten, insbesondere auch des Vertreters des Beklagten 2 (und damaligen Klägers) an der ersten Vermittlung vom 20. Mai 2003 die Klägerinnen einem Willensmangel unterlegen sein konnten (Täuschung, Nicht-Aufdecken eines erkannten Irrtums) und wie sich ein solcher (all-fälliger) Willensmangel prozessual auswirken könnte. Insofern ist auch entgegen der Auffassung der Klägerinnen, die davon ausgehen, dies betreffe nur mögliche Haftpflichtansprüche gegen die Gegenanwälte und daher gesonderte Angelegenheiten, nicht einfach ohne Bedeutung, dass die Klägerinnen den Vertretern der Gegenparteien offensichtlich täuschendes Verhalten vorwarfen. Letzteres war für die Vermittlerin aus dem eingereichten Schreiben vom 17. Mai 2004 ersichtlich. Neben der nicht alltäglichen rechtlichen Ausgangslage war hier sodann zu berücksichtigen, dass zwei Beklagte (mit unterschiedlichen Interessenlagen) eingeklagt worden waren, die ihr Vorgehen koordinieren mussten. Mehrere Parteien lassen



einen Fall in der Regel eher als überdurchschnittlich erscheinen. Insgesamt ergibt sich, dass von einem überdurchschnittlichen Fall hätte ausgegangen werden müssen. Eine Parteientschädigung in der oberen Hälfte der Bandbreite, das heisst eine Entschädigung zwischen 10 Prozent und 20 Prozent, wäre somit noch im Rahmen des Ermessens gelegen. Indem die Vermittlerin lediglich knapp 4,5 Prozent zusprach, überschritt sie ihr Ermessen indessen klar und handelte willkürlich. Liegt ein Prozess mit Streitwert vor, ist grundsätzlich vom entsprechenden Tarif auszugehen. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei hohen Streitwerten hohe Honorare resultieren können. Zwar kann nach Art. 3 HonO vom Honorar gemäss Honorarordnung abgewichen werden. Auf diese Ausnahmebestimmung kann aber nicht einfach bei jedem Fall mit hohem Streitwert ausgewichen werden, weil sonst die vom Gesetzgeber auch für das Vermittlungsverfahren gewollte streitwertabhängige Entschädigung unterlaufen würde. Welcher Betrag letztlich angemessen ist, kann hier offen gelassen werden. Es ist nicht Sache der Beschwerdeinstanz, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu stellen. Es ist an der Vermittlungsbehörde, diese Entschädigung in neuer Würdigung der Umstände konkret zu bestimmen (vgl. auch BGE vom 26. 11. 1996, ZBI 1998, 34 ff. a.E.).

Demzufolge ist Ziffer 1 des Kostenentscheids aufzuheben.

## 65

*Art. 150 Abs. 2, Art. 161 Abs. 1 und Art. 165 Abs. 2 ZPO (sGS 961.2).* Ist aufgrund des Streitwerts kein vorgängiger Versöhnungsversuch vorausgesetzt und wird dem Gericht eine unvollständige Klageschrift eingereicht, ist dem Kläger Frist zur Verbesserung anzusetzen, und zwar unabhängig davon, ob der Mangel noch innerhalb der Leitschein-Frist behoben werden kann.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 23. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO enthält die Klageschrift namentlich die knapp und klar gefasste Darstellung des Sachverhaltes (lit. e) und die genaue Angabe der Beweismittel für die einzelnen Tatsachen unter Hinweis auf die Beilagen (lit. f.). Das Schreiben des Klägers vom 10. März 2005 an das Kreisgericht erfüllt diese Anforderungen nicht. Es ist somit zu prüfen, welches die Rechtsfolge ist.

a) Wird dem Gericht eine mangelhafte Eingabe eingereicht, so setzt der Gerichtspräsident eine Nachfrist zur Behebung des Mangels an (Art. 165 Abs. 2 ZPO). Diese Bestimmung ist nicht nur auf die Klageantwort sowie Replik und Duplik zu-

geschnitten, sondern ist auch auf die Klageschrift anwendbar. Eine solche Nachfrist ist grundsätzlich auch anzusetzen, wenn eine Klageschrift überhaupt keine Begründung enthält (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 4a zu Art. 165 ZPO; GVP 1993 Nr. 64 E 2c).

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, es sei hier keine Nachfrist anzusetzen, weil die Einschreibefrist bereits verstrichen sei. In ihrer Verfügung vom 14. März 2005 wies sie auf den Entscheid der III. Zivilkammer vom 4. Juni 1993, publiziert in der GVP 1993 Nr. 64, hin.

In jenem Entscheid war die Frage zu prüfen, ob eine Aberkennungsklage, für welche zwingend ein Versöhnungsversuch vor dem Vermittler vorgeschrieben war, innert der Frist von Art. 83 Abs. 2 SchKG eingereicht wurde. Es wurde ausgeführt, dass und weshalb die Aberkennungsklage innerhalb der zweimonatigen Leitschein-Frist anhängig zu machen gewesen wäre. Nach Art. 156 Abs. 2 ZPO sei nämlich eine vollständige Klageschrift erforderlich, und wenn eine Klagebegründung fehle, brauche die Nachfrist gemäss Art. 165 Abs. 2 ZPO nur angesetzt zu werden, wenn der Mangel noch innerhalb der zweimonatigen Frist behoben werden könne. Das war dort deshalb nicht der Fall, weil die betriebsrechtliche Aberkennungsklage verwirklichte, noch bevor Frist zur Verbesserung angesetzt werden konnte (GVP 1993 Nr. 64).

c) Vorliegendenfalls geht es nicht um eine solche Verwirkungsfolge. Wohl hat der Kläger innert der Gültigkeitsdauer des Leitscheins, welche zwei Monate beträgt (Art. 150 Abs. 2 ZPO), beim Kreisgericht keine vollständige Klageschrift eingereicht und gilt auch bei einem freiwilligen Vermittlungsverfahren der Prozess mit dem Vermittlungsbegehren als angehoben (Urs Cavelti, Schlichtungsverfahren, in: Hangartner [Hrsg.], Das st.gallische Zivilprozessgesetz, St.Gallen, 1991, 157). Wenn dann innert der Leitschein-Frist, wie hier, jedoch keine vollständige Klageschrift eingereicht wird, entfällt zwar die Rechtshängigkeit (Art. 150 Abs. 2 ZPO; vgl. ferner Art. 268 Abs. 2 ZPO), die Klage als solche verwirkt deswegen aber nicht; sie kann, im Gegensatz zur (betriebsrechtlichen) Aberkennungsklage, jederzeit neu angehoben werden (Art. 150 Abs. 3 ZPO).

d) Weil der Streitwert Fr. 30 000.– übersteigt, war das Vermittlungsverfahren hier zudem freiwillig (Art. 136 lit. a ZPO); der Kläger hätte die Klage auch unmittelbar beim Richter einreichen können. Nachdem der Leitschein ausgelaufen war, war die Situation die gleiche, wie wenn kein Vermittlungsverfahren stattgefunden hätte. Die Vorinstanz wäre daher gehalten gewesen, dem Kläger eine Nachfrist für die Einreichung der Klagebegründung anzusetzen. So verhielte es sich jedenfalls dann, wenn die Klageschrift nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Leitscheins eingereicht worden wäre. Zu argumentieren, hier sei die Klage aber noch innert Frist, nämlich am letzten Tag der Einschreibefrist erhoben worden (11.03.2005; Poststempel), und in solchen Fällen gehe es primär um die Frage, ob mit der Nachfrist zur Verbesserung die Rechtshängigkeit aufrechterhalten werden könne (was aber nicht möglich sei), wäre, nachdem sich die Parteien selber nicht auf diesen Standpunkt gestellt haben, überspitzt formalistisch. Die Vorinstanz argumentiert denn auch zu

Recht nicht so. Dann aber hat sie vorzugehen wie bei jeder unvollständigen Klage, die keinen vorgängigen Versöhnungsversuch voraussetzt (Art. 136 ZPO), und dem Kläger Frist zur Verbesserung anzusetzen (Art. 165 Abs. 2 ZPO). Dies hat zudem zur Folge, dass auch das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Prozessführung zu behandeln ist; dem Kläger ist auch hier Gelegenheit zu geben, sein Gesuch zu vervollständigen. Beizufügen bleibt, dass die Rechtshängigkeit erst mit Einreichung einer vollständigen Klageschrift eintritt (Art. 156 Abs. 1 und 2 ZPO).

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

## 66

*Art. 207 Abs. 2, Art. 254 Abs. 1 lit. c und Art. 274 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2); Art. 550 Abs. 1 und Art. 583 OR (SR 220).* Es stellt willkürliches Handeln dar, die gerichtliche Bestellung eines Liquidators einer einfachen Gesellschaft von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen.

*Kantonsgericht, Vizepräsident der III. Zivilkammer, 17. März 2005*

Aus den Erwägungen:

II. 2. Die gerichtsnotorisch zerstrittenen Parteien sind sich grundsätzlich einig, dass zur Liquidation der einfachen Gesellschaft, welche von Gesetzes wegen ihnen gemeinsam obläge (Art. 550 Abs. 1 OR), vom Richter ein unabhängiger Liquidator ernannt werden soll. Die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter ist im Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) zwar nicht eigens vorgesehen, nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung – analog der Regelung bei der Kollektivgesellschaft (Art. 583 OR; Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 688 [§ 62 N 66]) – jedoch gleichwohl möglich, und die Voraussetzungen dazu sind in casu zweifellos erfüllt (Alfred Siegwart, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 548–550 OR sowie N 8 zu Art. 583 OR). Zu Recht unbestritten ist auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Kreisgerichtspräsidenten (Art. 11 GestG; Art. 7 lit. b i.V. m. 196 lit. d ZPO und Ziff. 74 Anhang I zur ZPV).

3. Die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung vom 7. Oktober 2004, mit welcher auf das Gesuch nicht eingetreten wurde, hängt von der Rechtmässigkeit der Verfügung vom 31. August 2004 ab, mit welcher die Gesuchsteller aufgefordert wurden, einen Kostenvorschuss von Fr. 15 000.– zu leisten. Dies ist vorfrageweise zu prüfen; die Gesuchsteller, welche sich bereits vorher mit ausführlicher Begründung gegen eine Vorschusspflicht gewehrt hatten, waren nicht etwa gehalten, sich schon gegen die Verfügung vom 31. August 2004 formell zu beschweren.

a) Der Vorderrichter begründet mit keinem Wort, weshalb er die Gesuchsteller zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet hat; er unterliess es insbesondere, sich mit den von den Gesuchstellern dagegen vorgebrachten Argumenten auseinander zu setzen. Dadurch verletzte er die Begründungspflicht (Art. 207 Abs. 2 ZPO), welche als Ausfluss des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht nur als ein bedeutendes Element transparenter Entscheidungsfindung erscheint, sondern zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der rechtsanwendenden Behörde dient (statt vieler: BGE 112 Ia 107 ff., 109 Erw. 2b mit Hinweisen). Der Mangel dieser Gehörsverletzung wurde auch in der vorinstanzlichen Stellungnahme vom 11. November 2004 nicht geheilt. Da die Gesuchsteller die Gehörsverweigerung jedoch nicht ausdrücklich rügen – nach Art. 255 Abs. 2 ZPO gilt das Rügeprinzip – ist eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung (verbunden mit der Rückweisung zur gehörigen Begründung) aus diesem Grunde ausgeschlossen.

b) Vorschüsse sind «für die Gerichtskosten» zu leisten, nach der abschliessenden Aufzählung in Art. 274 Abs. 1 ZPO entweder als Einschreibgebühr (lit. a und b) oder, nach Anordnung des Gerichtspräsidenten, für die voraussichtlichen Auslagen für Beweiserhebung und/oder gerichtlich bestellte Übersetzer (lit. c).

Auslagen für gerichtlich bestellte Liquidatoren fallen nicht darunter (Art. 274 Abs. 1 lit. c ZPO e contrario). Der in einem Akt der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich zu ernennende Liquidator steht – im Gegensatz zum vom Richter beigezogenen Experten oder Übersetzer in einem Fall streitiger Gerichtsbarkeit – ab dem Beststellungsakt in einem ausschliesslich privatrechtlichen Auftragsverhältnis zu den Gesellschaftern, genau so, wie wenn er von den Parteien selber bestellt worden wäre. Die Tätigkeit des Richters erschöpft sich im Beststellungsakt. Es ist nicht seine Aufgabe, das Honorar des Liquidators zu bestimmen, als Abrechnungsstelle zu fungieren und den Aufwand abschliessend über die Gerichtskosten (des Ernennungsverfahrens; Art. 196 lit. e ZPO) auf die Parteien zu überwälzen. Der Liquidator hat sich mit seinen – Gesellschaftsverbindlichkeiten darstellenden – Forderungen aus dem Mandat vielmehr direkt an die dafür solidarisch haftenden Gesellschafter zu halten (Patrick M. Hoch, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, 162 [Rz. 453] mit Hinweis auf den von den Gesuchstellern bereits in ihrer Eingabe vom 13.08.2004 zitierten, einschlägigen Entscheid des Obergerichts Luzern vom 25. Oktober 1978, publiziert in LGVE 1978 Nr. 423 und ZBJV 115/1979, 32 ff. mit weiteren Verweisen).

c) Indem der Vorderrichter einen Vorschuss für nicht Gerichtskosten darstellende Auslagen anordnete bzw. die Bestellung eines Liquidators von der Leistung eines nicht geschuldeten Vorschusses abhängig machte, verfiel er in Willkür (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO). Die angefochtene Verfügung vom 7. Oktober 2004 ist daher aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, einen Liquidator unter Verzicht auf die Erhebung von Kostenvorschüssen zu ernennen (Art. 258 Abs. 2 lit. b ZPO).

III. Zur Vermeidung weiterer Anstände im Zusammenhang mit der Entschädigung des Liquidators ist unpräjudizierlich noch folgendes festzuhalten:

1. Dass der Liquidator nach der Ernennung durch den Richter in einem ausschliesslich privatrechtlichen Rechtsverhältnis zu den Parteien (ehemaligen Gesellschaftern) steht, bedeutet selbstverständlich nicht, dass er seine Tätigkeit aufnehmen bzw. den Liquidationsauftrag erfüllen muss, wenn er für sein Honorar und seine Aufwendungen nicht zum Voraus gedeckt wird. Da Vergütung und Auslagenersatz mangels anderweitiger Abrede vertragsrechtlich erst nach der Auftrags Erfüllung fällig werden, ist es auch dem gerichtlich bestellten Liquidator selbstverständlich unbenommen, einen Vorschuss zu verlangen.

2. Erzielt der Liquidator mit den Parteien darüber keine Einigung – sei es über den Honoraransatz oder die Höhe des Vorschusses –, so kann er das Mandat ohne weiteres niederlegen, und die an der Liquidation interessierten (ehemaligen) Gesellschafter können erneut an den Richter gelangen, wenn über die Bestellung eines anderen Liquidators wiederum keine Einigung erzielt werden sollte.

Dasselbe gilt, wenn der Liquidator das Mandat niederlegt, weil der vereinbarungsgemäss in Rechnung gestellte Vorschuss nicht geleistet wird.

3. Für die Kosten der Liquidation aufzukommen haben schlussendlich, wie erwähnt, sämtliche ehemaligen Gesellschafter, auch jene, die an der Liquidation nicht interessiert sind. Eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung, die Liquidationskosten vorzuschüssen, besteht indessen nicht. Aufgrund der richterlichen Ernennung rechtmässig tätig werden kann der Liquidator zwar auch dann, wenn die Honorarvereinbarung nicht mit sämtlichen Gesellschaftern zustande kommt und/oder der Vorschuss nur von einem von ihnen bezahlt wird. Diesfalls haben die an der Honorarvereinbarung nicht beteiligten Gesellschafter die Liquidationskosten im Streitfall freilich nur insoweit (verhältnismässig) mitzutragen, als eine Vergütung bei sorgfältiger Ausführung des Mandats (ohne Honorarvereinbarung) im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR als «üblich» (auch der Höhe nach; vgl. Rolf H. Weber, Basler Kommentar, N 39 zu Art. 394 OR) geschuldet wäre.

**67**

*Art. 234 ZPO (sGS 961.2); Art. 92 Abs. 1 lit. b GerG (sGS 941.1).* In miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten findet auch bei Streitwerten über Fr. 20 000.– in der Regel weder eine Verhandlung noch ein zweiter Schriftenwechsel statt. In solchen Verfahren gelten, unabhängig vom Streitwert, auch keine Gerichtsferien.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 15. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

II.

Am 21. Februar 2005 wurde den Parteien mitgeteilt, dass in der vorliegenden Streitsache keine Berufungsverhandlung vorgesehen sei. Mit Schreiben vom 7. März 2005 äusserte die Beklagte die Ansicht, nach ihrem Verständnis sei Art. 234 ZPO ohne Einschränkung auch auf das vorliegende Verfahren anwendbar, und sie ersuchte um eine Bestätigung dieser Auffassung. Mit Schreiben vom 11. März 2005 wurde seitens der Verfahrensleitung darauf hingewiesen, dass nach ständiger Praxis in mietrechtlichen Streitigkeiten unabhängig vom Streitwert nur ein schriftliches Verfahren durchgeführt werde. Es wurde in Aussicht gestellt, diese Auffassung im vorliegenden Entscheid im Einzelnen zu begründen.

1. Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 130 V 424, E. 3.2 S. 428 f. mit Hinweisen).

2. Nach Art. 234 Abs. 1 ZPO führt das Kantonsgericht eine Verhandlung durch, wenn ihm dies zweckmässig oder zur Wahrung der Parteirechte geboten erscheint. Wird keine Verhandlung durchgeführt, wird nach Absatz 3 der genannten Bestimmung ein zweiter Schriftenwechsel dann durchgeführt, wenn in Forderungsstreitigkeiten der Streitwert Fr. 20 000.– übersteigt (lit. a) oder zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen ist (lit. b).

Der Wortlaut dieser Bestimmung, welcher mit dem II. Nachtragsgesetz zur Zivilprozessordnung vom 1. April 1999 (nGS 34–55) in die vorliegend massgebende Fassung gebracht wurde, ist klar: In allen Forderungssachen mit Streitwert über Fr. 20 000.– muss – Verzicht der Parteien vorbehalten – entweder eine Verhandlung oder ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden.

Dem wörtlichen Verständnis der Norm steht zunächst deren Entstehungsgeschichte entgegen. Die ursprüngliche Fassung von Art. 234 ZPO (nGS 26–39) sah vor, dass ohne Verhandlung zu entscheiden sei in der Regel bis zum Streitwert von Fr. 20 000.– (Abs. 2 lit. a) bzw. wenn die Parteien auf eine Verhandlung verzichteten und ihr Erscheinen nicht geboten sei (Abs. 2 lit. b). Nach der Praxis zu dieser Bestimmung (GVP 1992 Nr. 49) wurde in miet- und pachtrechtlichen Verfahren auch bei einem Streitwert von über Fr. 20 000.– in der Regel keine Verhandlung durchgeführt. Begründet wurde dies erstens mit der Entstehungsgeschichte der Norm, wonach Entscheide der für Miete und Pacht zuständigen Gerichtskommission (Art. 11 f. a ZPO) im schriftlichen Berufungsverfahren beurteilt würden. Zweitens wurde zugunsten dieser Lösung angeführt, dass das Bundesrecht für diese Materie ein einfaches und rasches Verfahren vorschreibt.

Mit dem II. Nachtragsgesetz wurden dann im Hinblick auf die Entlastung des Staatshaushaltes verschiedene Anpassungen im Zivilprozess vorgenommen. So wurde unter anderem infolge der Reduktion des Spruchkörpers der Bezirksgerichte von fünf auf drei Richter die schon bis dahin in einer Dreierbesetzung urteilende Gerichtskommission aufgehoben (Botschaft zum II. Nachtragsgesetz zum Zivilprozessgesetz, ABl. 1998, 1306 f.). Aufgrund dieser Änderung sowie mit der einhergehenden Erhöhung der Streitwertgrenzen wurde in Miet- und Pachtsachen neu das Bezirksgerichtspräsidium zuständig für Streitwerte bis Fr. 20 000.– sowie generell für die Erstreckung und Anfechtung der Kündigung von Mietverhältnissen (Art. 7 lit. a und c ZPO), das Bezirksgericht für Streitwerte über Fr. 20 000.– (Art. 13 ZPO). Eine weitere Entlastungsmassnahme bestand darin, die Anzahl der mündlichen Verhandlungen vor Kantonsgericht zu reduzieren und vom Obligatorium der mündlichen Berufungsverhandlung wegzukommen. In diesem Zusammenhang wurde ausdrücklich auf die obenerwähnte Praxis des Kantonsgerichts als eine bis dahin schon bestehende Ausnahme von diesem Obligatorium hingewiesen (Botschaft, a. a. O., 1309 f.). Mit der Gesetzesänderung sollte somit ausgehend von der bis dahin bestehenden Situation eine Einschränkung der Pflicht zur Durchführung mündlicher Berufungsverhandlungen erreicht werden. Die bisherige Praxis des Kantonsgerichts wurde nicht in Frage gestellt. Dieser gesetzgeberische Wille steht einem wörtlichen Verständnis der Norm entgegen. Ein solches Verständnis würde überdies dazu führen, dass trotz der Abschaffung der Gerichtskommission und entgegen der Absicht, die mündlichen Verhandlungen vor Kantonsgericht zu reduzieren, bei Streitwerten über Fr. 20 000.– eine gegenüber früher umfassendere Möglichkeit der Durchführung mündlicher Verhandlungen gegeben wäre. Nach dem Wortlaut der Bestimmung könnte dieser Widerspruch im Ergebnis allerdings dadurch vermieden werden, dass neu in der Regel statt einer Verhandlung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet würde.

Ein in dieser Weise einschränkend verstandener Wortlaut der neuen Fassung von Art. 234 ZPO würde jedoch den in GVP 1992 Nr. 49 identifizierten Regelungszweck, Einklang mit der bundesrechtlichen Vorgabe des einfachen und raschen

Verfahrens (Art. 274d OR) zu erzielen, ohne ersichtlichen Grund entkräften. Mit der Abschaffung der Gerichtskommission fiel zwar selbstredend auch deren Zuständigkeit für die bundesrechtlich vorgeschriebenen Fälle des einfachen und raschen Verfahrens (Art. 11 lit. b ZPO) weg. Die entsprechenden Vorgaben waren bzw. sind aber gleichwohl neu in den Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidium und dem Bezirksgericht bzw. – seit dem Inkrafttreten des III. Nachtragsgesetzes zum Zivilprozessgesetz (nGS 38–54) – in den Verfahren vor dem Kreisgerichtspräsidium und dem Kreisgericht zu beachten. Das für die Schriftlichkeit des Berufungsverfahrens ins Feld geführte Argument des einfachen und raschen Verfahrens behält mit anderen Worten seine Gültigkeit auch im Zuständigkeitsbereich des Kreisgerichts. Aus der Entstehungsgeschichte der neuen Fassung von Art. 234 ZPO ergeben sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte, welche diesen Zweck in Frage stellen.

Aus der Entstehungsgeschichte der Revision von Art. 234 ZPO sowie aus dem im Zusammenhang mit miet- und pachtrechtlichen Verfahren verfolgten Zweck der Gestaltung eines einfachen und raschen Verfahrens lässt sich damit ableiten, dass der Wortlaut dieser Bestimmung deren Sinn nicht richtig wiedergibt. In miet- und pachtrechtlichen Verfahren ist daher in Fortführung der bisherigen Praxis im Berufungsverfahren in der Regel keine mündliche Verhandlung und auch kein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

3. Die angestellten Überlegungen lassen sich im Übrigen auch auf die im Zuge der Änderungen des II. Nachtragsgesetzes zum Zivilprozessgesetz durchgeführte Anpassung von Art. 92 Abs. 1 lit. b GerG übertragen. Nach der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung (nGS 22–32) galten keine Gerichtsferien in miet-, pacht- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bei erstinstanzlicher Zuständigkeit von Bezirksgerichtspräsident, Gerichtskommission oder Arbeitsgericht. In miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten kamen die Gerichtsferien somit nach altem Recht nie zur Anwendung. Die Gerichtskommission wurde mit ihrer Abschaffung durch das II. Nachtragsgesetz zum Zivilprozessgesetz aus dieser Bestimmung gestrichen. Bei einem wörtlichen Verständnis des heutigen Wortlauts müssten somit heute die Gerichtsferien gelten, wenn in erster Instanz das Kreisgericht in einer miet- oder pachtrechtlichen Streitigkeit zuständig ist, d. h. bei Streitwerten über Fr. 20 000.–. Eine solche materielle Änderung wurde weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen diskutiert; es ging wie erwähnt nur um den Spareffekt der Verschlinkung der institutionellen Strukturen. Eine solche Änderung wäre weiter auch sinnwidrig, da in miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten ein einfaches und rasches Verfahren unabhängig vom Streitwert zu gewährleisten ist und die Nichtgeltung der Gerichtsferien in diesen Verfahren der effektiven Verwirklichung dieser Vorgaben dient.



**68**

*Art. 239 ZPO (sGS 961.2);* Kognition des Kassationsgerichtes bei Ermessensentscheid und bei unbestimmten Rechtsbegriffen kantonalen Rechts.

*Kassationsgericht, 13. Dezember 2005*

Das Kassationsgericht prüft Rügen betreffend die Verletzung von kantonalem Recht mit freier Kognition (Art. 239 Abs. 1 Bst. a ZPO). Soweit das kantonale Recht eine Rechtsfolge ins Ermessen des Gerichtes stellt (Entschliessungs- oder Auswahlermessen), ist die Kognition des Kassationsgerichtes jedoch auf willkürliche Ermessensbetätigung (Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung) beschränkt. Dagegen können Ermessensentscheide durch das Kassationsgericht, das – unter dem Vorbehalt konkreter Willkür rügen – an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist, nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden. GVP 2003 Nr. 54 ist insoweit zu präzisieren. Jener Entscheid hatte eine rechtliche Beurteilung betroffen. Im Unterschied zur Ermessensprüfung unterliegt denn auch die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des kantonalen Rechts der freien Kognition des Kassationsgerichtes (vgl. GVP 2005 Nr. 42). Im vorliegenden Fall prüft das Kassationsgericht somit betreffend die Anwendung von Art. 85 Abs. 2 GerG frei, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des leichten Verschuldens richtig angewendet hat. Ergäbe diese Prüfung, dass das Kantonsgericht zu Unrecht kein nur leichtes Verschulden angenommen hat, wäre die Streitsache zurückzuweisen, damit das Kantonsgericht über die Ermessensfrage entscheide, ob im vorliegenden Fall bei einem nur leichten Verschulden die Frist wiederhergestellt werden «kann» (Art. 85 Abs. 2 GerG). Ob die Vorinstanz ihrem Entscheid die zutreffenden tatsächlichen Feststellungen zugrunde gelegt hat, wird auf erhobene Rüge hin mit Willkürkognition geprüft.

---

**4. Strafrechtspflege**

---

**69**

*Art. 16 Abs. 1 StP (sGS 962.1).* Aufsichtsrechtliche Beurteilung einer polizeilichen Sicherstellung, obwohl die Staatsanwaltschaft zuvor einen entsprechenden Antrag der Polizei auf Beschlagnahme abgelehnt hat.

*Ankammer, 2. Juni 2005*

Die Anklagekammer ist zuständig, aufsichtsrechtlich hinsichtlich der Einhaltung der strafprozessualen Bestimmungen zu entscheiden, weil die durch die Staatsanwaltschaft ausdrücklich abgelehnte Zwangsmassnahme – und somit sinngemäss auch die Eröffnung eines Strafverfahrens – (bereits) im Zusammenhang mit einer Strafuntersuchung steht (vgl. GVP 2003 Nr. 76). Sie beurteilte die polizeiliche Sicherstellung von Pneus aus folgenden Überlegungen als rechtswidrig:

Aus den Erwägungen:

3. Die Anwendung von Zwangsmitteln durch die Strafverfolgungsbehörden – als solche gilt auch die Polizei (vgl. den ersten Titel des Strafprozessgesetzes, Art. 5 ff.) – führt immer zu einer Beeinträchtigung verfassungsmässig geschützter Rechte. Deshalb sind Zwangsmittel nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit anzuordnen und zu vollziehen. Sie dürfen nur von den durch das Gesetz ermächtigten Personen angeordnet werden (vgl. Walter Locher, Die Zusammenarbeit zwischen Untersuchungsrichter und Polizei im st.gallischen Strafprozess, Dissertation 1982, S. 74). Zwangsmassnahmen ordnen im Regelfall an der Untersuchungsrichter, der Staatsanwalt und der Haftrichter im Untersuchungs- und Gerichtsverfahren, bis ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt (Art. 110 Abs. 1 lit. a StP), wobei mit dem Vollzug im Regelfall die Polizei beauftragt wird (Art. 110 Abs. 3 StP). Selbständige Zwangsmittel stehen der Polizei nur im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse in der Regel bei Gefahr in Verzug zur Verfügung (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 3 StP).

Die selbständige Tätigkeit der Polizei richtet sich vor der Eröffnung der Strafuntersuchung nach den Vorschriften des Polizeigesetzes (Art. 6 Abs. 2 StP). Nach der Eröffnung der Strafuntersuchung führt die Polizei die Anordnungen der Staatsanwaltschaft aus (Art. 6 Abs. 3, 1. Satz StP), wobei sie in fachlicher Hinsicht der Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft untersteht (Art. 5 Abs. 2 StP). Mit der Einreichung einer Strafanzeige wird die Untersuchung eingeleitet (vgl. Randtitel zu Art. 166 StP). Führen die ersten Ermittlungen der Polizei zu einem konkreten Tatverdacht, hat sie Anzeige bei der Staatsanwaltschaft zu erstatten (Art. 167 Abs. 2 StP). Gestützt darauf bzw. gestützt auf eine Strafanzeige hat der Untersuchungsrichter die Untersuchung zu eröffnen, wenn konkrete Anhaltspunkte für mutmasslich strafbares Verhalten gegeben sind (Art. 173 StP). Erweist sich die Anordnung von Zwangsmassnahmen als erforderlich, sind diese im Regelfall (zwingend) durch den Untersuchungsrichter bzw. durch den Staatsanwalt zu verfügen (Art. 110 Abs. 1 lit. a StP), so dass der Polizei von vornherein keine selbständigen Befugnisse mehr zustehen. Das Gesagte gilt auch, wenn die Staatsanwaltschaft sinngemäss die Eröffnung einer Strafuntersuchung ablehnt, indem sie die Anordnung einer von der Polizei beantragten strafprozessualen Zwangsmassnahme – im vorliegenden Fall die Sicherstellung der Pneus – abgelehnt hat. In einem solchen Fall hat es für die Polizei grundsätzlich sein Bewenden.

In dem hier zu beurteilenden Sachverhalt hat der Untersuchungsrichter ausdrücklich keine Sicherstellung der Pneus verfügt. Dennoch liess der damalige

Pikett-Offizier die Pneu sicherstellen. Gemäss den vorstehenden Erwägungen erweist sich diese polizeiliche Sicherstellung als rechtswidrig. Nachdem nämlich der Untersuchungsrichter hierüber im ablehnenden Sinne entschieden hatte, stand der Polizei keine selbständige Befugnis mehr zu zum Erlass einer Sicherstellungsverfügung. Dies um so mehr, als zum damaligen Zeitpunkt keine Gefahr (mehr) in Verzug war. Daran vermag in strafprozessrechtlicher Hinsicht nichts zu ändern, dass der Polizeioffizier «aus hohem berufsethischen Bewusstsein gehandelt» hat (vgl. die Stellungnahme des Kommandos der Kantonspolizei vom 15. April 2005). Sodann ändert an der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Sicherstellung nichts, dass im Nachhinein die Staatsanwaltschaft die streitigen Pneu beschlagnahmte, weil sich gestützt auf neue Erkenntnisse Anhaltspunkte für ein damit zusammenhängendes strafbares Verhalten ergaben.

## 70

*Art. 67 StP (sGs 962.1). Weisung über die Zustellung von Gerichtsurteilen und staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügungen an Verwaltungsbehörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden*

*Anklagekammer, Januar 2006*

Die Anklagekammer erlässt gestützt auf Art. 67 StP die nachfolgende Weisung über die Zustellung von Gerichtsurteilen und staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügungen an Verwaltungsbehörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden:

### Art. 1

#### Mitteilung bei Anzeigeerstattung

Die Staatsanwaltschaft ist berechtigt, den Amtsstellen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden Gerichtsurteile und staatsanwaltschaftliche Abschlussverfügungen (Nichteintretensverfügung, Aufhebungsverfügung, Einstellungsverfügung, Bussenverfügung und Strafbescheid) zur Kenntnis zu bringen, soweit diese Strafklage oder Strafanzeige erhoben haben und keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegen stehen (vgl. BGE 124 IV 239 f.).

### Art. 2

#### Mitteilung ohne Anzeigeerstattung

Die Staatsanwaltschaft ist darüber hinaus berechtigt, den nachfolgend im Einzelnen bezeichneten Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden Gerichtsurteile und staatsanwaltschaftliche Abschlussverfügungen (Nichteintretensverfügung, Auf-

hebungsverfügung, Einstellungsverfügung, Bussenverfügung und Strafbescheid) zur Kenntnis zu bringen, soweit das Strafverfahren die aufgelisteten Straftatbestände betrifft und keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegen stehen:

Straftatbestand	Art. 68 f. BZG
Mitteilung Bund	Bundesanwaltschaft (Art. 70 Abs. 2 BZG)
Mitteilung Kanton	DI, Amt für Militär und Zivilschutz
Mitteilung Gemeinde	Politische Gemeinde (Art. 8 Abs. 2 EG BZG)
Begründung	Gegenüber dem Bund und der politischen Gemeinde besteht bereits eine Mitteilungspflicht. Nach Art. 8 Abs. 1 EG BZG haben die Zivilschutzstelle der Zivilschutzorganisation und die zuständige kantonale Dienststelle die zur Kontrollführung benötigten Daten ohnehin auszutauschen.
Straftatbestand	Art. 86 f. HMG
Mitteilung Bund	Schweizerisches Heilmittelinstitut (Art. 3 Ziff. 15 MitV)
Mitteilung Kanton	GD, Kantonsapotheker
Begründung	Das GD ist Bewilligungsbehörde für die Herstellung und Abgabe von Arzneimitteln (Art. 4 Heilmittelverordnung; sGS 314.3).
Straftatbestand	Art. 47 f. LMG
Mitteilung Bund	Bundesamt für Gesundheit (Art. 3 Ziff. 19 MitV)
Mitteilung Kanton	GD, Amt für Lebensmittelkontrolle VD, Veterinäramt
Begründung	Das Amt für Lebensmittelkontrolle und das Veterinäramt vollziehen die eidgenössische Lebensmittelgesetzgebung (Art. 1 EG zur eidgenössischen Lebensmittelgesetzgebung; sGS 315.1).
Straftatbestand	Art. 35 Epidemiegesetz
Mitteilung Bund	Bundesamt für Gesundheit (Art. 3 Ziff. 20 MitV)
Mitteilung Kanton	GD
Begründung	Das GD vollzieht das eidgenössische Epidemiegesetz (Art. 1 VV zur eidgenössischen Gesetzgebung über übertragbare Krankheiten; sGS 313.1).
Straftatbestand	Art. 59 Arbeitsgesetz Art. 39 Arbeitsvermittlungsgesetz Art. 23 ANAG (bei Verurteilung von Arbeitsvermittlern)
Mitteilung Bund	Staatssekretariat für Wirtschaft (Art. 3 Ziff. 21 MitV) Bundesamt für Migration (ANAG, Art. 3 Ziff. 1 MitV)

Mitteilung Kanton Begründung	VD, Amt für Arbeit Das (ehemalige) kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit ist Bewilligungsbehörde für private Arbeitsvermittlung und Personalverleih (Art. 11 Gesetz über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsvermittlung; sGS 361.0).
Straftatbestand	Art. 87 f. AHVG Art. 70 IVG Art. 16 ELG Art. 25 Erwerbbersatzgesetz Art. 23 FLG Art. 23 Abs. 4 ANAG
Mitteilung Bund	Bundesanwaltschaft (Art. 90 lit. a AHVG) Bundesamt für Migration (ANAG, Art. 3 Ziff. 1 MitV)
Mitteilung Anzeigerin	anzeigende Ausgleichskasse (Art. 90 lit. b AHVG bzw. Art. 16 Abs. 3 ELG, Art. 25 Erwerbbersatzgesetz, Art. 23 FLG) bzw. anzeigende IV-Stelle (Art. 70 IVG i.V. m. Art. 90 lit. b AHVG)
Mitteilung Kanton Begründung	DI, Sozialversicherungsanstalt Die Ausgleichskasse und die IV-Stelle bilden Teil der Sozialversicherungsanstalt (Art. 3 EG zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung; sGS 350.1). Eine Mitteilung soll auch erfolgen, wenn das Strafverfahren ohne vorausgegangene Anzeige der Ausgleichskasse bzw. der IV-Stelle geführt wurde.
Straftatbestand	Art. 42 f. Waldgesetz Art. 39 EG zum Waldgesetz
Mitteilung Bund	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (Art. 3 Ziff. 22 MitV)
Mitteilung Kanton Begründung	VD, Kantonsforstamt Der Revierförster vollzieht die Waldgesetzgebung (Art. 3 EG zum Waldgesetz); ihm kommen in diesem Bereich polizeiliche Befugnisse zu (Art. 40 EG zum Waldgesetz).
Straftatbestand	Art. 186 f. DBG
Mitteilung Bund	keine
Mitteilung Kanton Begründung	FD, Kantonales Steueramt Verwaltungsbehörden, Strafuntersuchungsbehörden und Gerichte können die Steuerbehörden ungeach-

tet einer allfälligen Geheimhaltungspflicht von sich aus darauf aufmerksam machen, wenn sie vermuten, dass eine Veranlagung unvollständig ist (Art. 163 Abs. 2 Steuergesetz; sGS 811.1). Im Hinblick auf den Vollzug der direkten Bundessteuer trifft die kantonale Verwaltung eine Anzeigepflicht (Art. 188 Abs. 1 DBG). Sie soll deshalb auch über den Abschluss allenfalls von ihr nicht initiiertes Verfahren informiert werden.

Straftatbestand	Art. 47 f. TSG
Mitteilung Bund	keine
Mitteilung Kanton	VD, Veterinäramt
Begründung	Das Veterinäramt vollzieht die Bundesgesetzgebung über die Verhütung und Bekämpfung von Tierseuchen (Art. 54 TSG; Art. 5 Veterinärgesetz, sGS 643.1).

Straftatbestand	Art. 14 Hundegesetz (sGS 456.1)
Mitteilung Bund	keine
Mitteilung Kanton	keine
Mitteilung Gemeinde	Politische Gemeinde
Begründung	Die politische Gemeinde vollzieht das Hundegesetz (Art. 2 Hundegesetz) und ordnet insbesondere die erforderlichen Massnahmen an, wenn der Hundehalter seinen Pflichten nicht nachkommt.

#### Art. 3

##### Modalitäten der Zustellung

Gerichtsurteile und staatsanwaltschaftliche Abschlussverfügungen werden nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt. Überwiegende Geheimhaltungsinteressen bleiben ausdrücklich vorbehalten.

Die Zustellung als solche begründet keine Parteistellung der betroffenen Verwaltungsbehörde.

#### Art. 4

##### Inkrafttreten

Diese Weisung wurde anlässlich der Sitzung der Anklagekammer vom 6. Dezember 2005 beschlossen und gilt ab 1. Januar 2006

Für die Anklagekammer

Der Präsident:

Dr. N. Oberholzer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Horath

**71**

*Art. 175 Abs. 2 StP (sGS 962.1).* Voraussetzungen für die Beschränkung der Verteidigungsrechte.

*Anklagekammer, 7. Juli 2005*

Die Staatsanwaltschaft erliess in zwei verschiedenen Strafverfahren gestützt auf Art. 175 Abs. 2 StP je eine Verfügung, worin dem anwaltlichen Verteidiger unter Androhung von Art. 292 StGB im Wesentlichen untersagt wird, Akten aus den Strafverfahren an den Angeschuldigten oder an Dritte weiterzugeben sowie sein Wissen aus den Akten Dritten bekannt zu geben bzw. Mitteilungen vom Angeschuldigten an Dritte oder Mitteilungen von Dritten an den Angeschuldigten weiterzuleiten. Auf Beschwerde des Verteidigers hin hob die Anklagekammer im Beschwerdeverfahren nach Art. 230 lit. h StP die Verfügungen auf.

Aus den Erwägungen:

3. Art. 175 Abs. 2 StP sieht vor, dass dem Verteidiger unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB untersagt werden kann, Akten an den Angeschuldigten oder an Dritte weiterzugeben sowie sein Wissen aus den Akten Dritten bekannt zu geben, solange sich der Angeschuldigte wegen Kollusionsgefahr in Untersuchungshaft befindet. Diese Beschränkung der Verteidigungsrechte ist mit der Totalrevision neu in das Strafprozessgesetz aufgenommen und bis heute kaum je angewendet worden. Dementsprechend fehlt es denn auch an einer gefestigten Praxis. Hinzu kommt, dass es sich bei dieser Bestimmung – soweit ersichtlich – um eine Besonderheit des st.gallischen Rechts handelt, welche anderen kantonalen Prozessordnungen in dieser Form nicht bekannt ist. Auch der Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung enthält keine vergleichbare Regelung.

4. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 54 StP räumen der formellen Verteidigung einen hohen Stellenwert ein und gewährleisten das Recht des Angeschuldigten, jederzeit einen Verteidiger beizuziehen. Die neuere Rechtsprechung tendiert dazu, nicht nur ein Recht auf Beizug eines Verteidigers, sondern generell einen Anspruch auf effektive Verteidigung anzuerkennen. Demzufolge muss der amtliche wie der private Verteidiger die Interessen der Angeschuldigten in ausreichender und wirksamer Weise wahrnehmen. Der zuständige Richter ist im Falle einer offenkundig ungenügenden Verteidigung nicht nur verpflichtet, den amtlichen Verteidiger zu ersetzen; er hat auch bei einer privaten Verteidigung einzuschreiten und das zur Gewährleistung einer genügenden Verteidigung Erforderliche vorzunehmen (BGE 124 I 185, E. 3b, S. 189 f.; vgl. auch BGE 120 Ia 48, E. 2b.bb, S. 51 f.).

Der Angeschuldigte hat Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung seiner Interessen. Die prozessuale Stellung des Verteidigers muss unabhängig sein, weil nur auf diese Weise die Verteidigung wirksam gestal-

tet werden kann (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 40 N. 23). Bei der Erfüllung seiner Aufgabe und damit auch bei der Wahrnehmung von Verteidigerrechten kommt dem Verteidiger ein eigenes Ermessen zu, in welches der Richter nicht ohne Not einzugreifen hat (vgl. BGE 106 IV 85, E. 3b, S. 91). Es ist primär Aufgabe des Verteidigers, prozessuale Vorkehrungen sachgerecht und kritisch abzuwägen. Dieser bestimmt die Art und Weise der Verteidigung, ist weder Erfüllungsgehilfe des Richters noch unkritisches Sprachrohr seines Mandanten (BGE 116 Ia 102, E. 4b/bb, S. 105) und weiss in aller Regel besser als der Angeschuldigte, aber auch als der Richter, welches die geeigneten Mittel sind, um die Verteidigung wirksam zu gestalten (Pra 2002, 467).

Hinsichtlich der Wahl der Verteidigungsmittel kommt dem Anwalt ein hohes Mass an Entscheidungsfreiheit zu. Die Tätigkeit des Verteidigers ist auf weiten Strecken der Kontrolle und Bewertung durch die staatlichen Strafuntersuchungsbehörden und Gerichte oder durch die standesrechtlichen Aufsichtsbehörden entzogen (BGE 126 I 194, E. 3d, S. 200; BGE 106 IV 85, E. 3b, S. 91). Gesetzliche oder standesrechtliche Vorschriften, die das hohe Mass an Entscheidungsfreiheit nicht berücksichtigen, halten vor Konvention und Verfassung nicht stand. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Tätigkeit des Anwalts keinen Schranken unterliegt. Die Aufgabenerfüllung des Verteidigers findet ihre Grenzen im Verbot der Anwendung rechtswidriger Mittel sowie in den geschriebenen und ungeschriebenen Geboten des Standesrechts (BGE 106 Ia 100, E. 6b, S. 105).

Befindet sich der Angeschuldigte in Untersuchungshaft, kann er grundsätzlich frei und unbeaufsichtigt mit seinem Verteidiger verkehren (Art. 121 Abs. 1 StP). Einschränkungen dieses Rechts sind nur ausnahmsweise und nur für beschränkte Zeit zulässig (Art. 121 Abs. 2 StP). Vorbehalten bleiben Einschränkungen und der Ausschluss des Verteidigers bei konkretem Verdacht auf Missbrauch der Parteirechte (Art. 121 Abs. 3 i.V. m. Art. 52 StP). Der freie Verkehr darf nur verweigert werden, wenn auf Seite des Verteidigers eine konkrete Gefahr besteht, dass dieser seine Vertrauensstellung als Anwalt missbrauchen oder zur Kollusion beitragen könnte. Die blossе Tatsache, dass beim Angeschuldigten Kollusionsgefahr besteht, genügt nicht, um den unkontrollierten Kontakt mit dem Verteidiger – auch nur vorübergehend – zu unterbinden; derartige Massnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Kontakte vom Verteidiger selbst missbraucht werden könnten (BGE 121 I 164, E. 2c, S. 171; vgl. auch Hauser/Schweri/Hartmann, a. a. O., § 40 N. 37; Frohwein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl 1996, N. 189 zu Art. 6 EMRK).

5. Angesichts der fundamentalen Bedeutung, welche dem Recht auf freie Verteidigung zukommt, sind Beschränkungen nur zulässig wenn sie verhältnismässig, d. h. zur Erreichung des angestrebten Zweckes notwendig und geeignet sind. Insofern kann es bei Art. 175 Abs. 2 StP nur darum gehen, einer allfälligen Kollusionsgefahr zu begegnen. Eine Beschränkung der Verteidigungsrechte ist aber nach der Rechtsprechung der Strassburger Organe und des Schweizerischen Bundesgerichts nur zulässig, wenn



Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der Verteidiger selbst seine Stellung missbrauchen könnte (Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 12. Juli 1984 i. S. Can, Serie A, Band 96, S. 19, Ziff. 59 = EuGRZ 1986, S. 279). Derartige Anhaltspunkte werden von der Vorinstanz nicht einmal ansatzweise geltend gemacht, so dass die angefochtene Verfügung bereits aus diesem Grund aufzuheben ist.

Abgesehen davon führt das generelle Verbot, Akten an den Angeschuldigten oder an Dritte weiterzugeben sowie sein Wissen aus den Akten Dritten bekannt zu geben, zu einer Beschränkung der Verteidigungsrechte, die weit über den angestrebten Zweck – Vermeidung von Kollusionsgefahr – hinaus reicht. In dieser pauschalen Form verletzt die angefochtene Verfügung das konventions- und verfassungsmässige Recht auf freie und effiziente Verteidigung.

6. Im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist nicht zu prüfen, wie weit Art. 175 Abs. 2 StP einer Auslegung zugänglich ist, die mit Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und Art. 29 Abs. 3 BV vereinbar erscheint. Verlangt werden müsste auf jeden Fall eine hinreichende Konkretisierung und Begründung. Es müsste nicht nur konkret begründet werden, welcher Kollusionsgefahr begegnet werden soll, sondern es müsste dem Verteidiger auch genau gesagt werden, welche Akten er aus welchem Grund nicht an den Angeschuldigten oder an Dritte weitergeben und welches konkrete Wissen aus den Akten er nicht an Dritte bekannt geben darf. Erst damit könnte auch dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen und im Falle einer Widerhandlung eine Bestrafung nach Art. 292 StGB ernsthaft in Erwägung gezogen werden (vgl. dazu Riedo, Basler Kommentar, Band II, Basel 2003, N. 49 zu Art. 292 StGB).

## 72

*Art. 182 Abs. 1, Art. 254 ff., und 308 Abs. 1 StP (sGS 962.1).* Gegen Verfügungen des untersuchenden Richters im Privatstrafklageverfahren ist, soweit nicht die Anordnung von Zwangsmassnahmen angefochten wird, nur die Rechtsverweigerungsbeschwerde an den Präsidenten der Strafkammer des Kantonsgerichts gegeben. Ein Privatstrafklageverfahren darf nicht mit einer Aufhebungsverfügung abgeschlossen werden.

*Kantonsgericht, Präsident der Strafkammer, 6. Dezember 2005*

Aus den Erwägungen:

II 1. b) Gemäss Art. 308 Abs. 1 StP kann der untersuchende Richter im Privatstrafklageverfahren Zwangsmassnahmen anordnen, soweit dies erforderlich ist. Über Beschwerden gegen Verfügungen des untersuchenden Richters entscheidet

das Gericht (Abs. 2). Gestützt auf den Wortlaut dieser Bestimmung sowie die Gesetzessystematik (vgl. auch die Gesetzesmarginalie «Zwangsmassnahmen») ist davon auszugehen, dass die Beschwerdemöglichkeit lediglich im Fall von Zwangsmassnahmen (z. B. Hausdurchsuchung, Beschlagnahme) offen steht. Im Weiteren kann im ordentlichen Strafverfahren eine Aufhebungsverfügung des Untersuchungsrichters zwar mit Beschwerde bei der Anklagekammer angefochten werden (Art. 230 lit. I StP). Einer analogen Anwendung dieser Bestimmung steht jedoch entgegen, dass es im Privatstrafklageverfahren keine Aufhebungsverfügung gibt; darauf wird zurückzukommen sein. Somit kann der angefochtene Entscheid entgegen der erstinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung nicht mit Beschwerde angefochten werden. Folglich ist auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde einzutreten.

c) Die sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen den untersuchenden Richter im Privatstrafklageverfahren ist im Gesetz nicht geregelt. Unter der Herrschaft des alten, bis 30. Juni 2000 geltenden Strafprozessgesetzes (Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954) war in solchen Fällen praxisgemäss die Rekurskommission des Kantonsgerichts zuständig (GVP 1973 Nr. 26). Im Zivilprozess ist der Präsident der zuständigen Kammer des Kantonsgerichts zuständig für die Beurteilung von Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen den Vermittler, die Schlichtungsstelle, den Kreisgerichtspräsidenten, den Familienrichter und den Präsidenten des Arbeitsgerichts (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). Es ist daher sachgerecht, wenn der Präsident der Strafkammer über Rechtsverweigerungsbeschwerden gegen den untersuchenden Richter entscheidet (vgl. Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N 1537).

2. b) Es trifft zu, dass im Gesetz die Möglichkeit der Aufhebung eines Privatstrafklageverfahrens (Art. 294 ff. StP) durch den untersuchenden Richter nicht vorgesehen ist. Zu prüfen bleibt, ob bewusst auf diese Möglichkeit der Verfahrensbeendigung verzichtet wurde oder ob es sich um eine vom Richter auszufüllende Gesetzeslücke handelt.

3. a) Im Privatstrafklageverfahren werden Vergehen gegen die Ehre (Art. 294 Abs. 1 lit. a StP) sowie andere Antragsdelikte beurteilt, denen ein öffentliches Interesse an der Abklärung und Beurteilung einer strafbaren Handlung offensichtlich fehlt und eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten nicht in Betracht kommt (lit. b). Das Privatstrafklageverfahren ist ein Strafprozess, weil der Geschädigte exklusiv die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs betreibt und im Falle des Obsiegens eine Bestrafung des Angeklagten resultiert (Robert Hauser/Erhard Schweni/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., § 88 N 8). Anders als im ordentlichen Verfahren steht bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs aber nicht ein öffentliches, sondern in erster Linie das private Interesse des Geschädigten an einer Verfolgung und Bestrafung des Täters im Vordergrund. Den staatlichen Strafverfolgungsbehörden stehen keine Rechte und Pflichten zur Prozessführung zu (Hauser/Schweni/Hartmann, a. a. O., § 88 N 1). Das

Desinteresse des Staats an der Auseinandersetzung zwischen gleichberechtigten und gleichbetroffenen Parteien in einem ausschliesslichen und reinen «Zweipartei-entverfahren» äussert sich in verschiedenen Gesetzesbestimmungen. Insbesondere ist es die Aufgabe des Klägers (und nicht der Strafverfolgungsbehörden), mit geeigneten Beweisanträgen den Nachweis für den von ihm behaupteten Sachverhalt zu erbringen (Art. 305 Abs. 1 StP). Im Weiteren stehen dem Kläger die Rechte des Staatsanwalts im ordentlichen Verfahren zu (vgl. z. B. Art. 312 Abs. 1 StP), ohne dass er – dies im Unterschied zum Staatsanwalt – zur Objektivität verpflichtet ist. Der Staat kommt im Privatstrafklageverfahren zudem nicht als Kostenträger in Betracht (Art. 314 StP; Hauser/Schweri/Hartmann, a. a. O., § 88 N 8 und 19).

b) Das ordentliche Strafverfahren wird aufgehoben, wenn das Gericht den Angeschuldigten mangels Tatbestands, mangels Beweises, wegen Verjährung oder aus einem anderen Grund freisprechen würde (Art. 182 Abs. 1 StP). Bestehen Zweifel oder kommt die Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme nach Art. 43, 44 und 100bis StGB in Betracht, wird Anklage beim Gericht erhoben (Abs. 2). Die Aufhebung des Verfahrens hat die Bedeutung eines gerichtlichen Freispruchs (Abs. 3). Beim Entscheid über eine Aufhebung des Verfahrens oder Anklageerhebung hat der Untersuchungsrichter nach durchgeführter Untersuchung in vorweggenommener Würdigung der Beweise und der Rechtslage eine Prognose über den Ausgang eines allfälligen gerichtlichen Verfahrens zu machen. Eine Aufhebung kann und muss immer dann erfolgen, wenn aufgrund objektiver Kriterien von vornherein fest steht, dass jedes andere Ergebnis als ein Freispruch ausgeschlossen erscheint (GVP 2001 Nr. 76). Bei einer Aufhebung ist das öffentliche Interesse an der Weiterführung des Verfahrens demnach weggefallen.

Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren fehlt es beim Privatstrafklageverfahren grundsätzlich an einem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung. Deshalb ist für die Frage der Weiterführung des Privatstrafklageverfahrens nicht entscheidend, ob nicht zu überwindende Zweifel an der Schuld des Beklagten (Angeschuldigten) bestehen. Wäre dem so, müsste in aussichtslosen Fällen bereits eine Eröffnung des Verfahrens verweigert werden. Dies lässt sich aber mit der dem Zivilprozess angenäherten gesetzlichen Regelung des Privatstrafklageverfahrens nicht vereinbaren. Vielmehr entscheidet der Kläger, ob es zu einer gerichtlichen Beurteilung der Angelegenheit kommt. Damit stimmt auch überein, dass die Einstellung des Verfahrens durch den untersuchenden Richter zwar gesetzlich vorgesehen ist, jedoch nur nach Handlungen oder Unterlassungen des Klägers, welche sein Desinteresse am Fortgang des Verfahrens bekräftigen (Art. 304 Abs. 2 StP). Dass im Falle eines für den Kläger nachteiligen Prozessausgangs Kosten entstehen, gehört zum normalen Prozessrisiko. Das Kostenrisiko ist jedenfalls kein Grund, dem Staat den Entscheid über die Weiterführung des Verfahrens vorzubehalten; denn damit könnte die zivilprozessuale Ausgestaltung des Privatstrafklageverfahrens unterlaufen werden. Immerhin kann der Kläger die Strafklage bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils, d. h. bis zur mündlichen Eröffnung oder schriftlichen Zu-

stellung des Urteilspruchs zurückziehen (Art. 31 Abs. 1 StGB; Oberholzer, a. a. O., N 1530) und so die Höhe der anfallenden Kosten beeinflussen.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass ein Privatstrafklageverfahren durch den untersuchenden Richter nicht mit Aufhebungsverfügung abgeschlossen werden darf und der Gesetzgeber bewusst auf diese Möglichkeit der Verfahrensbeendigung verzichtet hat. Die Bestimmungen im Privatstrafklageverfahren sind hier nicht lückenhaft, weshalb sich auch die Frage nach einer allfälligen sachgemässen Anwendung der Bestimmungen über das ordentliche Verfahren nicht stellt (vgl. Art. 294 Abs. 2 StP).

### 73

*Art. 230 lit. k StP (sGS 962.1).* Die Frage der Verweigerung der Akteneinsicht kann sich nur für Unterlagen stellen, welche Bestandteil der Strafprozedur sind.

*Anklagekammer, 26. April 2005*

Der Angeschuldigte verlangte mit einer Beschwerde wegen «Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht gemäss Art. 230 lit. k. StP», dass die Staatsanwaltschaft zur Einsicht in sämtliche Protokolle über die Überwachung des Fernmeldeverkehrs, welche das Strafverfahren einschliesslich der mutmasslichen Mittäter betreffen, sowie in polizeiliche (Vor-)Ermittlungsakten verpflichtet werde. Die Anklagekammer wies die Beschwerde aus folgenden Überlegungen ab:

Aus den Erwägungen:

2. Zur Wahrung der Verteidigungsrechte ist dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger Einsicht in die Akten des Strafverfahrens zu gewähren. Zu den Strafverfahrensakten gehören die Aufzeichnungen über Beweiserhebungen, Protokolle sowie Papiere und andere Informationsträger, die als Beweismittel dienen oder über den Gang der Untersuchung Aufschluss geben können (Art. 66 StP). Aktenkundig ist alles zu machen, was für die spätere Beurteilung in irgendeiner Weise von Bedeutung sein kann (vgl. Art. 172 StP). Deshalb sind sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Beweiserhebungen – wirken sie sich für den Angeschuldigten belastend oder entlastend aus – aktenmässig festzuhalten (BGE 115 Ia 99).

Nach st.gallischem Strafprozessrecht besteht grundsätzlich ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht. Akten, die den Parteien nicht zur Kenntnis gebracht wurden, dürfen der Beurteilung nicht zugrunde gelegt werden (Art. 179 Abs. 3 StP). Es

gibt keine geheimen Strafakten. Was im Sinne von Art. 66 StP aktenkundig ist, muss den Parteien auch offen gelegt werden. Andererseits kann den Parteien aber nur Einsicht in die Akten gegeben werden, die Bestandteil der Strafprozedur sind (GVP 1961 Nr. 39).

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer sämtliche Akten seines Strafverfahrens, welche Bestandteil der Strafprozedur sind, zur Einsichtnahme zugestellt. Zumindest behauptet der Beschwerdeführer selber nicht etwas anderes. Dem Beschwerdeführer wurde in seinem Strafverfahren das Akteneinsichtsrecht offensichtlich vollumfänglich gewährt. Die gemäss der Beschwerde streitigen Belege sind zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt rechtlich gesehen nicht Teil der Strafprozedur und gehörten bisher auch nie dazu. Von einer Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht gemäss Art. 230 lit. k StP kann daher von vornherein nicht gesprochen werden.

3. Bei der vom Beschwerdeführer beantragten Einsichtnahme in die mutmasslichen Mittäter betreffenden Protokolle über die Aufzeichnung von Überwachungen des Fernmeldeverkehrs sowie in polizeiliche (Vor-)Ermittlungsakten handelt es sich – da diese nicht Bestandteil der Strafprozedur seines Strafverfahrens sind – nicht um eine im Beschwerdeverfahren nach Art. 230 lit. k StP zu entscheidende Frage der Verweigerung von Parteirechten. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die streitigen Unterlagen für das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer von Bedeutung sein können (vgl. Art. 172 StP) und ob sie deshalb für die Strafuntersuchung beizuziehen sind.

Erachtet der Untersuchungsrichter die Untersuchung als vollständig, gewährt er den Parteien eine angemessene Frist zur Einsicht in die Akten und teilt ihnen mit, ob die Aufhebung des Verfahrens, der Erlass eines Strafbescheids, die Anklageerhebung beim Gericht oder die Einstellung des Verfahrens in Aussicht steht (Art. 179 Abs. 1 StP). Der (angeschuldigte) Beschwerdeführer kann noch im Rahmen des Abschlussverfahrens gemäss den Art. 179f. StP Anträge auf Beweisergänzungen, namentlich auch den Beizug von konkreten Unterlagen beantragen (Art. 180 Abs. 1 StP). Nimmt der Untersuchungsrichter eine entsprechende Ergänzung der Untersuchung vor, ist den Parteien die entsprechende Akteneinsicht zu gewähren. Lehnt der Untersuchungsrichter Parteianträge auf Ergänzung der Untersuchung ab, hat er dies entweder in der Aufhebungsverfügung bzw. in der Anklageschrift zu begründen (vgl. Art. 183 lit. c bzw. Art. 188 lit. g StP). Vom Untersuchungsrichter abgelehnte Beweisanträge können im Gerichtsverfahren erneut – wiederholt – gestellt werden (vgl. Art. 194 StP).

Aus dem Gesagten ergibt sich sodann, dass es nicht Aufgabe der Anklagekammer ist, in einem Beschwerdeverfahren darüber zu entscheiden, welche Akten für ein Strafverfahren beizuziehen sind oder nicht. Vielmehr sind hiefür die erwähnten Rechtsbehelfe vorgesehen.

**74**

*Art. 237 Abs. 2, Art. 294 Abs. 2 lit. b und Art. 312 StP (sGS 962.1).* Der Ausschluss der Berufung im ordentlichen Verfahren, wenn die Anklage ausschliesslich wegen Übertretungen erhoben worden ist, lediglich eine Busse bis Fr. 1000.– verhängt worden ist und der Vertreter der Staatsanwaltschaft keine schwerere Strafe beantragt, lässt sich im Privatstrafklageverfahren nicht anwenden.

*Kantonsgericht, Strafkammer, 22. August 2005*

Aus den Erwägungen:

Sachverhalt: Der Einzelrichter des Kreisgerichts sprach den Beklagten vom Vorwurf der Tötlichkeit frei. Abschliessend führte er aus, dass gegen diesen Entscheid kein ordentliches Rechtsmittel gegeben sei. Namentlich sei in analoger Anwendung von Art. 237 Abs. 2 StP die Berufung nicht zulässig. Dem Beklagten würden lediglich Tötlichkeiten zur Last gelegt, die Übertretungen darstellten und selbst bei einem Schuldspruch keine Sanktion nach sich gezogen hätten, die eine Busse von mehr als Fr. 1000.– gerechtfertigt hätten.

II 1. Vorweg ist zu prüfen, ob der Auffassung des Einzelrichters zur Frage des Ausschlusses ordentlicher Rechtsmittel, d.h. namentlich der Berufung, gefolgt werden kann.

a) Das Privatstrafklageverfahren ist im st.gallischen Strafprozessgesetz als besonderes Verfahren im 15. Titel geregelt. Es kommt nach Art. 294 Abs. 1 lit. b StP u. a. dann zur Anwendung, wenn ein öffentliches Interesse an der Abklärung und Beurteilung einer strafbaren Handlung offensichtlich fehlt und eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten nicht in Betracht kommt. Das Privatstrafklageverfahren ist als «Zweiparteienverfahren» ausgestaltet und wurde erst anlässlich der Beratungen im Kantonsrat auf alle Antragsdelikte ausgedehnt, soweit ein öffentliches Interesse an der Abklärung und Beurteilung der Tat offensichtlich fehlt. Im Entwurf der Regierung war die Ausdehnung des Anwendungsbereichs über den früher schon erfassten Bereich der Ehrverletzungsdelikte hinaus nicht vorgesehen. Wie Niklaus Oberholzer (Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N 1495) zu Recht bemerkt, «kann es daher nicht weiter überraschen, dass die nun vorliegende Regelung nicht in jeder Beziehung zu überzeugen vermag und verschiedene Ungereimtheiten aufweist, die ihre Ursache wohl darin haben dürften, dass auf der Grundlage des ursprünglichen Entwurfs punktuelle Verfahrenselemente eingeführt wurden, ohne eine Neukonzeption vorzunehmen.» Zu diesen Punkten gehört der generelle Verweis in Art. 294 Abs. 2 StP auf die Bestimmungen im ordentlichen Verfahren, die sachgemäss anzuwenden sind, soweit das Privatstrafklageverfahren keine Regelung enthält.

b) Unter dem Randtitel «Rechtsmittel» hält Art. 312 StP fest, dass die Rechtsmittel, die im ordentlichen Verfahren dem Staatsanwalt zustehen, im Privatstraf-

klageverfahren vom Kläger eingelegt werden können. Gestützt darauf ist der Kläger insbesondere auch befugt, gegen ein freisprechendes oder ihm aus andern Gründen nicht genehmes Urteil die Berufung zu erheben. Die Aufnahme dieser Bestimmung war notwendig, weil dem Kläger im ordentlichen Verfahren lediglich beschränkte Rechte zustehen, und (unter Vorbehalt der besonderen Voraussetzungen des OHG) nur der Angeschuldigte oder der Staatsanwalt gegen den Schuld- oder Freispruch Berufung einlegen können (vgl. Oberholzer, a. a. O., N 1541).

c) Nun schränkt aber Art. 237 Abs. 2 StP die generelle Möglichkeit der Berufung in der Weise ein, dass diese als nicht zulässig erklärt wird, wenn die Anklage ausschliesslich wegen Übertretungen erhoben worden ist, lediglich eine Busse bis Fr. 1000.– verhängt worden ist und der Vertreter der Staatsanwaltschaft keine schwerere Strafe beantragt. Dieser Ausschluss der Berufung im ordentlichen Verfahren betrifft ausgesprochene Bagatelldelicten und entspricht im Wesentlichen der Regelung (Art. 180 Abs. 2) des aufgehobenen Gesetzes über die Strafrechtspflege aus dem Jahre 1954. Unter der Herrschaft des alten Rechts hatte es das Kassationsgericht des Kantons St.Gallen als zulässig erachtet, dass der Staatsanwalt allein zum Zweck des Weiterzugs eines erstinstanzlichen Urteils mit Berufung an das Kantonsgericht eine höhere Strafe beantragte (damals lag die Grenze bei Fr. 200.–; GVP 1981 Nr. 37). Gälte diese Rechtsprechung auch für das neue Privatstrafklageverfahren, so hätte es der Kläger, dem ja in diesem Verfahren die Rechte des Staatsanwaltes zukommen, in der Hand, jedes erstinstanzliche Urteil mit Berufung an das Kantonsgericht weiterzuziehen, während dem Beklagten, der zu einer Busse bis Fr. 1000.– verurteilt wurde, dieses Recht nicht zustünde. Er wäre vielmehr allein auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde mit einer eingeschränkten Kognitionsbefugnis der Beschwerdeinstanz verwiesen. Darauf, welche Strafe der erstinstanzliche Richter ausgesprochen hatte, käme es dagegen auf jeden Fall nicht an. Eine solche Ungleichbehandlung in einem reinen «Zweiparteienverfahren» würde den Grundsatz der Gleichbehandlung krass verletzen und wäre auch vor dem Grundsatz des fairen Verfahrens nicht haltbar.

d) Die Regelung im ordentlichen Verfahren lässt sich damit rechtfertigen, dass sich die Wertung eines Falles als Bagatelldelict an der Palette aller möglichen Straffälle, insbesondere auch sehr schwerer Straftaten, ausrichtet und der Staatsanwalt nicht eine «gewöhnliche» Partei ist, sondern ein Sachwalter der gerechten Strafrechtspflege, d. h. ein «gardien du droit» (François Clerc, *Initiation à la justice pénale en Suisse I*, Neuchâtel 1975, 107; vgl. auch Art. 10 und 63 StP). Demgegenüber ist der Kläger im Privatstrafklageverfahren ein direkt Betroffener und nicht zur Objektivität verpflichtet (Robert Hauser/Erhard Schweniger/Karl Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Auflage, § 88 N 8) wie der Staatsanwalt im ordentlichen Verfahren. Die einschränkende Bestimmung von Art. 237 Abs. 2 StP lässt sich somit auf das Privatstrafklageverfahren nicht, auch nicht sachgemäss, anwenden.

e) Eine Beschränkung des ordentlichen Rechtsmittels der Berufung in den Fällen des Art. 294 Abs. 1 lit. b StP auf Verfahren, in denen eine Strafe von mehr als

Fr. 1000.– Busse ausgesprochen wurde, lässt sich aber auch sachlich nicht rechtfertigen, da damit der überwiegende Teil der erstinstanzlichen Urteile einer umfassenden Kontrolle durch eine obere kantonale Instanz entzogen wäre. In den Anwendungsbereich des Privatstrafklageverfahrens fallen in erster Linie «Wirtshaus-, Treppenhaus- und Nachbarstreitigkeiten» (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a. a. O., § 88 N 5), die zu Tätlichkeiten, Sachbeschädigungen und ähnlichen Straftaten führen und an deren Verfolgung und Aufklärung kein öffentliches Interesse (zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Interesses vgl. Oberholzer, a. a. O., N 1498) besteht. In solchen Fällen werden in der Regel aber nur Bussen von weniger als Fr. 1000.– ausgesprochen. Dennoch wird der Gebüsste weit stärker belastet als bei einer Verurteilung im ordentlichen Verfahren: Während er dort in aller Regel bei gleicher Verurteilung mit einem (kostengünstigen) Strafbescheid beurteilt wird, hat er im Privatstrafklageverfahren die Kosten eines Gerichtsverfahrens mit ungleich höheren Gerichts- und Parteikosten zu tragen. Das Desinteresse des Staates an der Auseinandersetzung zwischen gleichberechtigten und gleichbetroffenen Parteien in einem ausschliesslichen und reinen Zweiparteienverfahren äussert sich unter anderem gerade auch darin, dass der Staat nie als Kostenträger in Betracht kommt und das Verfahren weitgehend nach zivilprozessualen Grundsätzen ausgestaltet ist (vgl. beispielsweise auch die Beweisvorschrift nach Art. 305 StP). Überlässt der Staat aber die Verfahrensherrschaft vollständig den Parteien und tritt er die umfassende Rechtsmittellegitimation vorbehaltlos an den Kläger ab, so kann er nicht gleichzeitig ein Ungleichgewicht zwischen sonst gleichgestellten Parteien an einem Zweiparteienverfahren schaffen. Eine Beschränkung der Berufungsmöglichkeit kann daher gestützt auf die Verweisungsnorm von Art. 294 Abs. 2 StP nicht aus Art. 237 Abs. 2 StP hergeleitet werden. Sie müsste zwingend in einer speziellen Bestimmung des 15. Titels des Strafprozessgesetzes enthalten sein und für beide Parteien gleichermaßen gelten.

f) Aus den vorstehenden Erwägungen war daher der Ausschluss ordentlicher Rechtsmittel durch den Einzelrichter gesetzlich nicht zulässig und unbegründet. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist demzufolge als Berufung entgegenzunehmen und zusammen mit der Berufung in der gleichen Sache betreffend Verurteilung des Klägers wegen Körperverletzung zum Nachteil des Beklagten zu behandeln. Aus der falschen Rechtsmittelbelehrung ist den Parteien kein Nachteil erwachsen. Sie wurden zusammen mit der Vorladung zur mündlichen Verhandlung in der parallelen Strafsache darauf hingewiesen und konnten sich auch zur vorliegenden Angelegenheit äussern.



**75**

*Art. 248 Abs. 1 lit. b StP (sGS 962.1). Voraussetzungen für die Zulassung von neuen Tatsachen im Wiederaufnahmeverfahren (Rechtsmissbrauch).*

*Anklagekammer, 17. März 2005*

Aus den Erwägungen:

2. Der Gesuchsteller stützt sich in rechtlicher Hinsicht auf Art. 248 Abs. 1 lit. b StP ab. Danach ist die Wiederaufnahme eines durch Bussenverfügung rechtskräftig erledigten Strafverfahrens zulässig, wenn erhebliche Tatsachen oder Beweismittel glaubhaft gemacht werden, die der entscheidenden Instanz nicht bekannt waren.

....

d) In tatsächlicher Hinsicht ist in der (rechtskräftigen) Bussenverfügung festgehalten, dass der Gesuchsteller in der Y. Bar in Z. am Freitag, 11. Juni 2004, und am Samstag, 12. Juni 2004, nach der Schliessungszeit noch Gäste bewirtete bzw. ihre Anwesenheit duldete. Der Gesuchsteller begründet sein Gesuch um Wiederaufnahme im Wesentlichen damit, dass er in seinem Schreiben an den Gemeinderat von Z. vom 22. Juni 2004 die in der Bussenverfügung vorgebrachten Vorwürfe bestritten habe. Er habe insbesondere klargestellt, dass nach Beginn der Schliessungszeit keine Gäste mehr ins Lokal hineingelassen bzw. bewirtet worden seien und sich nur noch Personen im Lokal aufgehalten hätten, welche entweder dem Servicepersonal oder der am Abend des 12. Juni 2004 engagierten Musikgruppe mit ihrem Hilfspersonal angehört hätten. Damit kannte aber der Gesuchsteller bereits zum damaligen Zeitpunkt, als er die Bussenverfügung erhielt, die Tatsachen, welche er nun zur Stützung seines Gesuchs um Wiederaufnahme vorbringt. Um diese Tatsachen einzubringen, hätte er Einsprache erheben und damit die Durchführung des ordentlichen Strafverfahrens veranlassen müssen. Dies hat er nicht getan. Er hat keine schützenswerten Gründe für diese Unterlassung genannt und es sind auch keine ersichtlich.

e) Aus dem Umstand, dass der Staatsanwaltschaft das an den Gemeinderat von Z. gerichtete Schreiben vom 22. Juni 2004 des Gesuchstellers beim Erlass der Bussenverfügung nicht vorlag, kann nichts zu seinen Gunsten abgeleitet werden. Aus dieser Verfügung ist zwar ersichtlich, dass dieses Aktenstück nicht berücksichtigt wurde. Dies hätte den Gesuchsgegner umso mehr veranlassen müssen – sofern er mit einer Verurteilung nicht einverstanden war –, Einsprache gegen die Bussenverfügung zu erheben und so seine Einwände gültig einbringen zu können. Indem er nun im vorliegenden Verfahren einen ihm bereits früher bekannten Sachverhalt vorbringt und damit die Aufhebung seiner (rechtskräftigen) Verurteilung erreichen will, erscheint sein Gesuch um Wiederaufnahme als Mittel, um den ordentlichen Rechtsmittelweg zu umgehen. Er handelt damit gegen das allgemeine

geltende Prinzip von Treu und Glauben bzw. gegen das Verbot «venire contra factum proprium». Unter solchen Voraussetzungen sind die (angeblich) neuen Tatsachen des Gesuchstellers nicht als im Sinne von Art. 248 Abs. 1 lit. b StP entscheid-relevanter Sachverhalt zuzulassen. Sein Gesuch um Wiederaufnahme muss als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Aus diesem Grund kann dem Gesuch nicht stattgegeben werden.

f) Mit den Schlussfolgerungen der vorstehenden rechtlichen Erwägungen stimmt der den Kanton Waadt betreffende und in Anwendung von Art. 29 BV und Art. 397 StGB ergangene Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Juni 2004 überein, wonach «in Anbetracht der prozessualen Besonderheiten des Strafbefehls ... ein dagegen gerichtetes Revisionsgesuch als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (ist), wenn es sich auf Tatsachen stützt, welche der Verurteilte von Anfang an kannte, ohne berechtigten Grund verschwiegen und in einem ordentlichen Einspracheverfahren hätte vorbringen können» (BGE 130 IV 72 und Pra 2005 Nr. 35). Dieses bundesgerichtliche Urteil ist hier ohne weiteres sinngemäss anwendbar. Der Gesuchsteller hätte gegen die Bussenverfügung Einsprache erheben können, was zur Eröffnung einer Strafuntersuchung geführt hätte (vgl. Art. 171 Abs. 1 StP). Mit der Untersuchung wären alle sachlichen und persönlichen Umstände abgeklärt worden, die für das richterliche Urteil oder die Aufhebung des Verfahrens von Bedeutung sein können (Art. 172 StP). Das Gesuch um Wiederaufnahme stützt sich auf Sachverhalt, den der Gesuchsteller bereits damals kannte und ohne schützenswerten Grund nicht im ordentlichen Einspracheverfahren vorgebracht hat.

g) Insgesamt ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des mit rechtskräftiger Bussenverfügung der Vorinstanz erledigten Strafverfahrens nicht erfüllt sind. Das Wiederaufnahmebegehren ist daher abzuweisen.

## 76

*Art. 256 Abs. 3 StP (sGS 962.1).* Der Präsident der Anklagekammer verfügt über keine gesetzlichen Kompetenzen – auch nicht im Rahmen der auf-schiebenden Wirkung –, anstelle des Haftrichters die Verhaftung eines Angeschuldigten bzw. die Verlängerung der Haft anzuordnen.

*Vizepräsident der Anklagekammer, 22. Februar 2005*

Die Staatsanwaltschaft beantragte in einer gegen einen Haftrichterentscheid eingereichten Rechtsverweigerungsbeschwerde, dass im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen der Angeschuldigte bis zum Entscheid der Anklagekammer in Untersuchungshaft verbleibe.

Aus den Erwägungen:

4. ...

a) Der Gesetzgeber hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 bewusst auf das Rechtsmittel der Beschwerde gemäss Art. 230 StP gegen Haftrichterentscheide verzichtet. So ist in der Botschaft und im Entwurf der Regierung vom 30. Juni 1998 noch vorgesehen gewesen, dass gegen die Verfügungen des Haftrichters betreffend Abweisung eines Haftentlassungsgesuchs, Haftverlängerung, vorzeitiger Massnahmenvollzug, Ersatzmassnahmen bei Untersuchungshaft, die ordentliche Beschwerde zulässig sein soll (Amtsblatt des Kantons St.Gallen Nr. 32a/1998, S. 1547). Der Gesetzgeber folgte indes in diesem Punkt dem Entwurf der Regierung nicht. Gemäss geltendem Strafprozessgesetz können haftrichterliche Entscheid ausschliesslich mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 254 StP angefochten werden, und zwar nicht nur durch den inhaftierten Angeschuldigten, sondern auch durch die Staatsanwaltschaft (vgl. GVP 2000 Nr. 64, GVP 2002 Nr. 101). Unter diesen gesetzlichen Voraussetzungen ergibt sich keine von Gesetzes wegen vorgesehene aufschiebende Wirkung der angefochtenen Haftrichterentscheide, und der Präsident der Anklagekammer kann keine vorsorglichen Massnahmen nach Art. 233 Abs. 2 StP treffen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde hemmt oder unterbricht den Vollzug des angefochtenen Entscheids nur, wenn der Präsident der Beschwerdeinstanz es verfügt (Art. 256 Abs. 3 StP).

b) Nach der gesetzgeberisch ausdrücklich gewollten Konzeption (Art. 15 Abs. 3 StP i.V. m. Art. 254 ff. StP) ist allein der Haftrichter dafür zuständig, über die Untersuchungshaft zu verfügen und die damit im Zusammenhang stehenden Anordnungen zu treffen. Mit einem die Anordnung der Untersuchungshaft ablehnenden Entscheid bzw. mit der Abweisung eines Haftverlängerungsantrags verneint der Haftrichter die (weiteren) Voraussetzungen für die Untersuchungshaft. Damit besteht nach Ansicht des Haftrichters kein Rechtfertigungsgrund mehr für eine längere Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs. Auch mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 256 Abs. 3 StP kann kein neuer Rechtfertigungsgrund geschaffen werden, sondern würde lediglich der Vollzug des haftrichterlichen Entscheids gehemmt. Dies würde der Staatsanwaltschaft – wie sie selber zu Recht darlegt – nicht weiterhelfen, weil damit die von ihr gewünschte Haftverlängerung nicht gewährt würde.

Damit richtet sich das Interesse der Staatsanwaltschaft an der aufschiebenden Wirkung nicht auf die Hemmung des Eintritts der Rechtskraft. Vielmehr soll gemäss ihrem Antrag die Untersuchungshaft bis zur Entscheidung der Beschwerdeinstanz über die von der Haftrichterin auf spätestens den 23. Februar 2005 verfügte Entlassung aus der Untersuchungshaft aufrechterhalten werden. Der Präsident der Anklagekammer verfügt indessen aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung über keine gesetzlichen Kompetenzen – auch nicht im Rahmen der aufschiebenden Wirkung –, anstelle des Haftrichters die Verhaftung des Angeschuldigten anzuordnen.

c) Am Gesagten ändert auch der Verweis auf Art. 258 Abs. 2 StP nichts, wonach die Beschwerdeinstanz (die Anklagekammer) im Falle einer Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde die erforderlichen Anordnungen treffen kann. Nachdem die ausschliessliche Kompetenz über Anträge auf Anordnung bzw. Verlängerung der Untersuchungshaft dem Haftrichter zusteht, kann im Falle der Ablehnung entsprechender Anträge des Untersuchungsrichters nicht der Präsident bzw. der Vizepräsident der Beschwerdeinstanz stellvertretend für den Haftrichter die Untersuchungshaft im Rahmen seiner Befugnisse zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung anordnen. Ansonsten würde das rechtlich geregelte Verfahren vor dem Haftrichter mit all seinen rechtsstaatlichen Garantien hinfällig. Der Präsident der Anklagekammer verfügt in diesem frühen Stadium des Verfahrens weder über Akten- oder andere Fallkenntnisse noch ist er in der Lage, innert nützlicher Frist dem Betroffenen das rechtliche Gehör zu gewähren. Dabei ist auch mitzuberücksichtigen, dass im Verfahren vor dem Haftrichter ein kontradiktorisches Verfahren zwischen den Strafverfolgungsbehörden und dem Haftrichter stattfindet. Im Beschwerdeverfahren vor der Anklagekammer findet indes nur ein schriftliches Verfahren statt, wobei – auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin – nur eine reine Willkürprüfung sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht stattfindet (GVP 2002 Nr. 101).

## 77

*Art. 272 Abs. 1 StP (sGS 962.1).* Bei der Bemessung einer Genugtuung für die Haftentschädigung sind die tieferen Lebenshaltungskosten im Herkunftsland nur ausnahmsweise mitzuberücksichtigen.

*Anklagekammer, 2. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

4. Die Gesuchstellerin macht sodann eine Genugtuungsforderung geltend. Die Vorinstanz setzte die Genugtuung auf Fr. 3500.– fest. Die Gesuchstellerin erachtet dies als willkürlich zu tief und beantragt eine Entschädigung von Fr. 11 520.–. Die Genugtuung ist für die durch Festnahme und Haft erlittene Unbill zuzusprechen. Die Festsetzung der Genugtuungssumme erfolgt nach den im Einzelfall gegebenen Umständen, wobei insbesondere die Dauer der Haft, die Schwere des vorgeworfenen Delikts und die Auswirkung auf die persönliche Situation des Verhafteten zu berücksichtigen ist (vgl. GVP 1995, Nr. 68).

Die Gesuchstellerin befand sich während insgesamt 32 Tagen unverschuldet in Untersuchungshaft. Die zu leistende Genugtuung ist nicht – wie von der Gesuch-

stellerin veranschlagt – linear nach Tagessätzen, sondern aufgrund einer gesamt-  
haften Würdigung aller Umstände zu bestimmen. Die Gesuchstellerin sah sich mit  
einem ausgesprochen schweren Tatvorwurf konfrontiert, indem ihr die Mitbeteili-  
gung an einem Tötungsdelikt zur Last gelegt wurde. Sie befand sich in einem für  
sie weitgehend fremden Land in Untersuchungshaft, so dass die Kontaktaufnahme  
mit ihren Angehörigen erschwert war. Hinzu kommt, dass sie sich grosse Sorgen  
um das Wohlergehen ihrer Familie, insbesondere ihrer Tochter, machte, nachdem  
ein mutmasslicher Mitbeteiligter des Tötungsdelikts zum damaligen Zeitpunkt in  
ihrem Heimatland noch auf freiem Fuss war. Neben der Dauer der Untersuchungs-  
haft liegen demzufolge verschiedene Umstände vor, die sich bei der Bemessung  
der Genugtuung in erheblichem Mass erhöhend auswirken.

Die Vorinstanz hat die tieferen Lebenshaltungskosten am Wohnort der Gesuch-  
stellerin bei der Bemessung der Genugtuung mitberücksichtigt. Nach der bundes-  
gerichtlichen Praxis wirken sich die Lebenshaltungskosten grundsätzlich zwar nicht  
auf die Höhe der Genugtuung aus; ausnahmsweise rechtfertigt sich aber eine Be-  
rücksichtigung, wenn ansonsten eine «krasse Besserstellung des Berechtigten»  
resultieren würde. Die allgemeine Regel der Nichtberücksichtigung stützt sich da-  
rauf, dass die Genugtuung im Unterschied zur Schadenersatzleistung nicht einen  
Ausgleich für eine Vermögensminderung darstellt, sondern den erlittenen Schmerz  
durch eine Geldsumme aufwiegen soll; deshalb ist für die Bemessung nicht zu be-  
rücksichtigen, wo der Kläger leben und was er mit dem Geld machen wird (BGE  
121 III 252, E. 2b, S. 255). Die Lebenshaltungskosten in der Slowakei sind zwar  
tiefer als in der Schweiz. Es bleibt aber zu berücksichtigen, dass es sich bei der  
Slowakei um ein Mitglied der Europäischen Union handelt. Der vom Bundesgericht  
verlangte «krasse Fall», welcher ausnahmsweise eine Berücksichtigung tieferer  
Lebenshaltungskosten rechtfertigen könnte, dürfte damit zweifellos nicht gegeben  
sein.

Die Anklagekammer hat bereits in den 90er Jahren bei einer Haftdauer von 13  
bzw. 29 Tagen eine Genugtuung von Fr. 5000.– (AK 1991.130; AK 1994.8) bzw. bei  
einer Haftdauer von 24 Tagen und genugtuungserhöhenden Umständen eine  
solche von 10 000.– (AK 1998.43) zugesprochen. In Berücksichtigung der im vorliegen-  
den Fall in erheblichem Mass genugtuungserhöhend wirkenden Faktoren erscheint  
die von der Gesuchstellerin beantragte Genugtuung von Fr. 11 520.– durchaus  
angemessen zu sein (vgl. auch die von Hütte/Duksch, Die Genugtuung, 3. Aufl.,  
Zürich 2003, XI, aufgeführten Vergleichsfälle).

## 5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

---

### 78

*Art. 5 Abs. 2 AnwG (sGS 963.70).* Die Rechtsstellung des Anzeigers im anwaltsrechtlichen Verfahren. Der Entscheid des Präsidenten der Anwaltskammer, auf das Wiedererwägungsgesuch der Anzeiger betreffend die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens nicht einzutreten, stellt gegenüber diesen keine beschwerdefähige Verfügung dar.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 7. Juni 2005*

Aus den Erwägungen:

2. a) Das AnwG sieht Beschwerden nur gegen Entscheide der Anwaltskammer vor. Da Art. 5 Abs. 2 AnwG die Kompetenzübertragung an den Präsidenten der Anwaltskammer für bestimmte Angelegenheiten einräumt, ist auch in solchen Fällen grundsätzlich die Beschwerde an das Kantonsgericht gegeben.

b) (...)

c) aa) Die Rechtsstellung des Anzeigers im anwaltsrechtlichen Verfahren ist nicht geregelt. Nach der Praxis wird auf Beschwerden gegen Entscheide der Anwaltskammer, einer Anzeige keine Folge zu leisten, mit der Begründung nicht eingetreten, dass es sich dabei analog zu entsprechenden Entscheiden auf Anzeigen im Rahmen der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde nicht um eine Verfügung handelt (GVP 1995 Nr. 69 mit Verweis auf BGE 102 Ib 84). Das Vorliegen einer Verfügung ist in solchen Fällen zu verneinen, weil damit kein Rechtsverhältnis für die Verwaltung und die Betroffenen verbindlich geordnet wird (BGE 102 Ib 85; BGE 121 I 90). Hinzu kommt, dass dem Anzeiger keine Parteistellung zukommt und er bundesrechtlich keinen Anspruch auf Behandlung der Angelegenheit hat (BGE 123 II 406). Kantonalrechtlich wird bei der Aufsichtsbeschwerde gegenüber Verwaltungsbehörden die Auffassung vertreten, dass der Anzeiger nicht Partei sei. Sodann wird lediglich ein Anspruch auf Kenntnisnahme sowie auf Auskunft über die Behandlung der Anzeige, nicht aber auf materielle Prüfung oder Zustellung eines begründeten Entscheids bejaht (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. A., Rz. 1222; zur fehlenden Parteistellung vgl. auch VerwGer GVP 2002 Nr. 73, S. 211). Das entspricht auch der Regelung des eng mit der Aufsichtsbeschwerde zusammenhängenden Petitionsrechts (so Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, N 29 Vorbem. § 19–28 VRG; W. E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, 111 f.) in Art. 3 Abs. 1 lit. d KV, wonach das Recht besteht, innert angemessener Frist eine Antwort zu erhalten. Bundesrechtlich besteht nach Art. 33 Abs. 2 BV lediglich Anspruch auf Kenntnisnahme einer Petition.

Da dem Anzeiger nach dem Gesagten weder nach bundesrechtlichen Vorgaben noch nach st.gallischem Recht Parteistellung oder Anspruch auf materielle Behandlung der Anzeige eingeräumt wird, wäre auf eine entsprechende Beschwerde gegenüber einer Mitteilung der Anwaltskammer, einer Anzeige nicht Folge zu leisten, nicht einzutreten. Dasselbe müsste ungeachtet der konkreten Bezeichnung zum Vorneherein für ein Gesuch um erneute Beurteilung gelten.

## 79

*Art. 10 Abs. 1 AnwG (sGS 963.70); Art. 27 Abs. 3 EG zum SchKG (sGS 971.1); Art. 17, 23 und 27 Abs. 1 SchKG (SR 281.1).* Die Vertretung vor dem Kreisgerichtspräsidenten als unterer Aufsichtsbehörde im Betreuungswesen fällt nicht in den Bereich des Anwaltsmonopols.

*Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 28. April 2005*

Aus den Erwägungen:

3. (. . . .) Zu prüfen ist demnach, ob der Kreisgerichtspräsident in seiner Funktion als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter als Gericht im Sinne von Art. 10 Abs. 1 AnwG zu betrachten ist.

4. Der Begriff des Gerichts wird im Anwaltsgesetz nicht umschrieben. Allgemein wird darunter eine zur Rechtsprechung zuständige, unabhängige, unparteiische und unbefangene, nur dem Recht verpflichtete Behörde verstanden (Art. 30 BV). Rechtsprechung ist die Beurteilung von Streitigkeiten im Einzelfall und die Entscheidung hierüber aufgrund von Rechtsnormen in einem durch Rechtsnormen geregelten Verfahren (BGE 119 Ia 81 E. 3).

Im Gerichtsgesetz (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 ff. GerG, sGS 941.1; Botschaft vom 11. März 1986, ABI 1986, 888) wird abschliessend geregelt, welche Behörden im Kanton St.Gallen als Gerichte gelten. Dazu gehört unter anderem der Kreisgerichtspräsident, welcher Mitglied des Kreisgerichts ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 GerG). Er wird indessen lediglich im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Präsident, Einzelrichter und Familienrichter erwähnt (Art. 5 Abs. 2 GerG). Seine zusätzliche Funktion als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter im Gerichtskreis wird demgegenüber nicht im Gerichtsgesetz, sondern im Einführungsgesetz zum SchKG (Art. 12 Abs. 1) statuiert. Von einer Regelung im Zivilprozessgesetz wurde deshalb abgesehen, weil das SchKG für das Beschwerdeverfahren nicht zwingend die Einsetzung einer richterlichen Behörde vorschreibt (Botschaft zum EG zum SchKG vom 22. Mai 1979, in: ABI 1979, 804). Dies sind erste Hinweise dafür, dass es sich bei der unteren Aufsichtsbehörde nicht um ein Gericht, sondern um eine Verwaltungsbehörde handelt.

In der neueren Literatur gilt die Beschwerde nach Art. 17 SchKG als ein Institut verwaltungsrechtlicher Natur; sie ist dazu bestimmt, Amtshandlungen der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane korrigieren zu lassen, sofern sie Bestimmungen oder den Sinn und Geist des Bundesrechts und der völkerrechtlichen Verträge des Bundes verletzen oder den gegebenen Verhältnissen nicht angemessen anwenden, sowie ihre Untätigkeiten zu rügen. Die SchKG-Beschwerde ist nur in denjenigen Fällen gegeben, in welchen das Gesetz nicht den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt (SchKG-Cometta, Art. 17 N 1). Das SchKG unterscheidet demnach klar zwischen Beschwerde- und Gerichtsverfahren. In der Botschaft zum EG zum SchKG (a. a. O., 805) wurde ebenfalls erwogen, im Beschwerdeverfahren werde nicht über materiellrechtliche Ansprüche befunden, sondern lediglich darüber, ob den Betreibungs- oder den Konkursorganen fehlerhafte Betreibungs- oder Konkurs-handlungen vorzuwerfen seien. Die Beschwerde habe deshalb verwaltungs- und nicht zivilprozessualen Charakter.

Im Weiteren dürfen die Kantone die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten gestützt auf Art. 27 Abs. 1 SchKG selbst regeln. Sie können insbesondere vorschreiben, dass Personen, die diese Tätigkeit ausüben wollen, ihre berufliche Fähigkeit und ihre Ehrenhaftigkeit nachweisen müssen (Ziff. 1). Der Kanton St.Gallen hat indessen auf eine solche Regelung im EG zum SchKG verzichtet – dies etwa im Unterschied zum Kanton Waadt (vgl. Praxis 1998 Nr. 17). In eigener Kompetenz dürfen die Kantone die gewerbsmässige Vertretung nur in den vor einem «Richter» im Sinne von Art. 23 SchKG stattfindenden Verfahren regeln (BGE 103 Ia 47 ff., 51); das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG gehört nicht dazu. Falls sich aus Art. 10 AnwG auch die Vertretungsbefugnis im Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden ergeben sollte, so legiferierte der Kanton nicht unter Inanspruchnahme der kantonalen Souveränität im Prozessrecht (Art. 122 Abs. 2 BV), sondern gestützt auf Art. 27 Abs. 1 SchKG (in seiner neuen Fassung vom 16. Dezember 1994, in Kraft seit dem 1. Januar 1997), d. h. er erliess ein Ausführungsgesetz gemäss Art. 29 SchKG, welches zu seiner Gültigkeit der Genehmigung des Bundes bedarf. Der Umstand, dass der Kanton St.Gallen die entsprechende Genehmigung nicht einholte, spricht dafür, dass der kantonale Gesetzgeber mit Art. 10 AnwG die Vertretung in Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG nicht den Rechtsanwältinnen vorbehalten wollte. Zu berücksichtigen ist auch, dass im Beschwerdeverfahren vor der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (Art. 78 ff. OG) die Vertretung uneingeschränkt möglich ist (Art. 29 Abs. 2 OG; Wilhelm Birchmeier, Handbuch zum Bundesrechtspflegegesetz, N 4 zu Art. 29 OG), weshalb es zumindest als problematisch erschiene, wenn die Vertretung im kantonalen SchKG-Beschwerdeverfahren nur den Rechtsanwältinnen zustünde.

In Art. 27 Abs. 3 EG zum SchKG ist zudem vorgesehen, dass im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG die Vorschriften des VPR über den Rekurs (Art. 40 ff.) sachgemäss angewendet werden. Danach können Verfügungen unterer Instanzen an



die oberste Verwaltungsbehörde einer Körperschaft oder einer Anstalt weitergezogen werden (Art. 40 VRP). Dieser Verweis auf die sachgemässe Anwendung von Art. 40 ff. VRP – insbesondere auf Art. 40 VRP – ist ebenfalls ein Hinweis dafür, dass das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 SchKG kein gerichtliches, sondern ein Verwaltungsverfahren ist. Daran ändert auch nichts, dass der Rekurs auch an gerichtliche Behörden (Verwaltungsrekurskommission und Versicherungsgericht, Art. 41 und 42 VRP) möglich ist. Seit Inkrafttreten von Art. 20a SchKG bestehen allerdings bundesrechtliche Minimalvorschriften für das Beschwerdeverfahren, weshalb die Verweisung auf die kantonalrechtlichen Bestimmungen des VRP in diesem Umfang an Bedeutung verloren hat.

Im Übrigen galt es nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Verstoß gegen die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 aBV; heute: Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV), wenn ein Kanton zur gewerbmässigen Vertretung vor den betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden nur Anwälte zuliess. Denn nicht jede Betätigung als Parteivertreter braucht gleich hohen Ansprüchen zu genügen. Insbesondere für die Vertretung vor betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden gelten weniger strenge Anforderungen (BGE 105 Ia 75 E. 7). Ob diese Praxis auch für den revidierten Art. 27 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, welcher seit 1. Januar 1997 statt «persönliche Tauglichkeit» neu die Formulierung «berufliche Fähigkeit» enthält, Bestand hat, kann offen bleiben. Denn im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die untere Aufsichtsbehörde für das Betreibungswesen kein Gericht im Sinne von Art. 10 AnwG ist. Daran ändert auch nichts, dass die Aufsicht über die Betreibungsämter in den Aufgabenbereich des Kreisgerichtspräsidenten fällt; er übt diesbezüglich – funktional betrachtet – keine richterliche Tätigkeit aus.

5. Zusammenfassend fällt die Vertretung vor dem Kreisgerichtspräsidenten als unterer Aufsichtsbehörde im Betreibungswesen nicht in den Monopolbereich nach Art. 10 Abs. 1 AnwG.

## 80

*Art. 32 Abs. 3 AnwG (sGS 963.70); Art. 9 HonO (sGS 963.75).* Für die Eintreibung einer anwaltlichen Honorarforderung ist eine Entbindung vom Berufsgeheimnis nicht erforderlich (Änderung der Rechtsprechung).

*Präsident der Anwaltskammer, 4. Februar 2005*

Ein Rechtsanwalt ersuchte die Anwaltskammer zwecks Eintreibung seiner Honorarforderung um Entbindung vom Berufsgeheimnis, nachdem seine Rechnung für

die Vertretung in arbeitsrechtlichen Streitsachen unbezahlt und diverse Mahnungen erfolglos geblieben waren. Der Präsident der Anwaltskammer trat auf das Begehren um Entbindung von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses nicht ein und stellte fest, dass der Rechtsanwalt berechtigt ist, gegenüber den zuständigen Betreibungs-, Konkurs- und Gerichtsbehörden alle zur Begründung seiner behaupteten Honorarforderung notwendigen Angaben zu machen.

Aus den Erwägungen:

1. In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, inwieweit es für die gerichtliche Geltendmachung einer anwaltlichen Honorarforderung einer Entbindung von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses bedarf. Zumindest die frühere Praxis der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich verlangte vorgängig einer Betreibung oder Klageeinleitung generell eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis (ZR 1988, 233). Diese Entbindung wurde in aller Regel ohne weiteres erteilt, soweit es um die Durchsetzung von Honoraransprüchen des Rechtsanwaltes geht (F. Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, Zürich 1986, 140). In diesen Fällen geht das Interesse an der Durchsetzung der Honoraransprüche dem Interesse des Mandanten an der Geheimhaltung grundsätzlich vor, weil sonst der Rechtsanwalt generell schlechter gestellt wäre als andere Beauftragte.

Das Erfordernis, vor der gerichtlichen Geltendmachung allfälliger Honoraransprüche zunächst eine formelle Entbindung durch die Aufsichtsbehörde einzuholen, wird in zunehmendem Masse als inhaltslos und rechtlich nicht begründbare Formalität bezeichnet (a.M. nach wie vor: M. Pfeifer, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2005, N 71 zu Art. 13 BGFA). Es wird argumentiert, dass die Bestreitung oder Nichtbezahlung einer Anwaltsrechnung klientenseitig die Inkaufnahme ihrer rechtlichen Geltendmachung impliziere und damit als beschränkter Geheimhaltungsdispens qualifiziert werden müsse (J. Schwarz, *Das Anwaltsgeheimnis*, in: Walter Fellmann et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 123; Ch. Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich 1993, 334 f.).

Auch die neuere kantonale Praxis tendiert dazu, auf das formelle Erfordernis einer Entbindung durch die Aufsichtsbehörde zu verzichten, soweit die Durchsetzung von Honoraransprüchen zur Diskussion steht. So trat etwa die luzernische Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen auf ein Entbindungsgesuch nicht ein mit der Begründung, ein Geheimhaltungsdispens sei nicht erforderlich, da es dem Notar trotz Berufsgeheimnis möglich sein müsse, seine berechtigten Honorarforderungen durchzusetzen (Entscheid vom 06.12.1996, zitiert bei Schwarz, a. a. O., 123 f.). In gleicher Weise entschied die zugerische Aufsichtsbehörde, dass der Rechtsanwalt, der ohne vorgängige Entbindung durch die Aufsichtsbehörde seine Forderung auf dem Rechtsweg gegen den Mandanten geltend macht, keine Berufspflichtverletzung begeht (Entscheid vom 25.06.2002, *Anwaltsrevue* 9/2002, 31 f.). Schliesslich hat auch die zürcherische Aufsichtskommission eine Änderung

ihrer früheren Praxis vorgenommen und es als zulässig erachtet, dass der Anwalt in einer Betreuung das Mandatsverhältnis offenbart hat, ohne dass ihm dies vorgängig von der Aufsichtscommission bewilligt worden ist (ZR 1998, 78 ff.).

2. In der Tat ergibt sich bereits aus dem Wesen des Auftragsverhältnisses, dass das Interesse des Rechtsanwalts an der Honorierung demjenigen des Klienten an der Geheimhaltung des Mandatsverhältnisses vorgeht. Die Honorierung bildet einerseits wesentlichen Bestandteil des Auftrags, und andererseits hat sich der Klient im Rahmen des zweiseitigen Vertrags zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben verpflichtet. In dieser Verpflichtung ist denn auch die stillschweigende Einwilligung mitenthalten, dass im Streitfall der Richter für die Durchsetzung der ausstehenden Honorarforderung angerufen werden darf. Eine nachträgliche Berufung auf die Geheimhaltungspflicht verstösst in diesen Fällen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (vgl. W. Fellmann, Der einfache Auftrag, Berner Kommentar, Bern 1992, N 92 zu Art. 398 OR). Dabei sind allerdings die Grenzen der stillschweigenden Einwilligung zu beachten, indem der Rechtsanwalt nur diejenigen Tatsachen offenbaren darf, die geeignet und notwendig erscheinen, um seine Honoraransprüche im Prozess zu begründen.

3. Im gleichen Sinn sieht auch Art. 32 Abs. 3 AnwG vor, dass der Rechtsanwalt zur Begründung der Honorarforderung vom Berufsgeheimnis befreit ist. Bis anhin war die Frage noch nicht zu entscheiden, ob sich diese Bestimmung nur auf das Honorarbegutachtungsverfahren vor dem Präsidenten der Anwaltskammer im eigentlichen Sinn (vgl. Art. 8 HonO) oder generell auf die gerichtliche Durchsetzung von Honoraransprüchen bezieht. Während Art. 32 Abs. 3 AnwG systematisch in einem Zusammenhang mit dem Honorarbegutachtungsverfahren steht, findet sich in Art. 9 HonO eine generelle Befreiung des Anwalts vom Anwaltsgeheimnis, «soweit dies zur Durchsetzung seiner Ansprüche nach dieser Honorarordnung erforderlich ist». Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung lässt eine Beschränkung auf das reine Honorarbegutachtungsverfahren nicht zu. Dieses dient lediglich einer vergleichsweisen Bereinigung, nicht aber der «Durchsetzung» der vom Anwalt gegenüber seinem Mandanten geltend gemachten Ansprüche. Bereits auf der Grundlage von Art. 9 HonO muss sich deshalb die gesetzliche Befreiung vom Anwaltsgeheimnis auf sämtliche Verfahren – sei es auf dem Weg des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts oder der zivilprozessualen Klage – beziehen, die auf die Durchsetzung anwaltlicher Honoraransprüche zielen.

4. Zu beachten bleibt, dass sich die Befreiung vom Anwaltsgeheimnis nur auf die zur Durchsetzung der Honoraransprüche notwendigen und geeigneten Tatsachen bezieht. Nachdem den Gläubiger eine Substanziierungspflicht trifft, muss der Anwalt im Rahmen eines Honorarprozesses befugt sein, die von ihm im Rahmen des Auftragsverhältnisses erbrachten Leistungen im einzelnen zu benennen und auch entsprechend zu dokumentieren. Weitergehende Informationen, die für die Begründung der Honoraransprüche nicht erforderlich sind, dürfen indessen nicht preisgegeben werden.

## 6. Schuldbetreibung und Konkurs

---

### 81

*Art. 17 und 230 Abs. 2 SchKG (SR 281.1).* Beschwerdefähige Verfügung (Erw. 5). Bei der Festsetzung des Kostenvorschusses zur Durchführung des Konkursverfahrens können die bisher aufgelaufenen Kosten nicht der Gläubigerin auferlegt werden (Erw. 6).

*Kantonsgericht, Kantonale Aufsichtsbehörde für Konkurs, 21. Oktober 2005*

Aus den Erwägungen:

1. Über die M. GmbH wurde der Konkurs eröffnet, nachdem diese die Überschuldung angezeigt und die Bilanz deponiert hatte. Das Konkursamt X ist als Konkursverwaltung tätig und hat der P. AG mit Schreiben vom 15. September 2005 mitgeteilt, sie könne bis zum 30. September 2005 die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen, unter Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 8000.–. Bei Nichtleistung des Kostenvorschusses werde die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven publiziert.

5. Zu prüfen ist zunächst, ob es sich beim Schreiben des Konkursamtes vom 15. September 2005 um eine beschwerdefähige Verfügung handelt. Eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG ist eine Betreibungshandlung. In erster Linie sind darunter Handlungen der Vollstreckungsorgane zu verstehen, insbesondere Handlungen der Betreibungs- und Konkursbeamten, der Konkursverwaltung, der Gläubigerversammlung und der Aufsichtsbehörden. Der Betreibungshandlung oder Verfügung ist es eigen, dass sie auf das Betreibungsverfahren irgendwie rechtlich einwirkt; im Gang des Betreibungsverfahrens führt sie irgendeine rechtliche Veränderung herbei. Unter Verfügung wird aber nicht bloss ein bestimmter amtlicher Erlass, sondern jede amtliche Massregel verstanden, soweit sie einseitig kraft Amtsgewalt mit Wirkung nach aussen erlassen wurde (vgl. Markus Dieth, Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG, in: *AJP* 4/2002, S. 364). Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Wenn der Gläubiger findet, der Kostenvorschuss nach Art. 230 Abs. 2 SchKG sei zu hoch, kann er gemäss Art. 17 und 18 SchKG bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde erheben (vgl. ATF 130 III 92, mit weiteren Hinweisen, insbesondere P.-R. Gilliéron, *Commentaire de la loi fédé-*

rale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, N 18 zu article 230). Wenn jedoch ein oder mehrere Gläubiger die Sicherheit leisten, weil sie etwa den Umfang der Konkursmasse anders beurteilen als das Konkursamt, so wird das Konkursverfahren durch die Publikation des Konkurses (Art. 232 SchKG) ohne einen weiteren Beschluss des Gerichts eröffnet (SchKG-Lustenberger, Basler Kommentar, 1998, N 13 zu Art. 230 SchKG). Das Konkursamt macht die Eröffnung des Konkurses öffentlich bekannt, sobald feststeht, ob dieser im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt wird (Art. 232 SchKG).

Entsprechend diesen Ausführungen handelt es sich beim Brief des Konkursamtes vom 15. September 2005 um eine beschwerdefähige Verfügung. Es ist keine bloss schriftliche Meinungsäusserung des Konkursamtes. Der Beschwerdeführerin wurde nicht nur mitgeteilt, wie das Konkursamt weiter vorzugehen gedenkt, sondern ihre Rechtsstellung wurde bereits konkret beeinträchtigt. Nach Ablauf der vom Konkursamt verfügten Frist (30. September 2005) hätte die Beschwerdeführerin den Vorteil der Leistung des Kostenvorschusses ohne weiteren Beschluss des Konkursgerichtes und ohne Publikation der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nicht mehr gehabt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dieses Vorgehen des Konkursamtes letztlich aus Goodwill gegenüber der Beschwerdeführerin erfolgte (Kostensparnis) und nicht gesetzlich vorgeschrieben ist. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

6. Zu prüfen bleibt, ob der vom Konkursamt mit Verfügung vom 15. September 2005 verlangte Kostenvorschuss zur Durchführung des Konkursverfahrens um die bis heute angefallenen Kosten im Konkurs der M. GmbH zu reduzieren ist, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt. Das Konkursamt darf die in der Publikation geforderte Sicherheit so hoch ansetzen, dass alle zukünftigen Kosten für das gesamte Konkursverfahren gedeckt werden können. Kosten, welche bereits in der Vergangenheit angefallen sind, dürfen jedoch für diese Sicherheit nicht miteingerechnet werden; der geleistete Kostenvorschuss wiederum darf nicht für in der Vergangenheit entstandene Kosten verwendet werden (SchKG-Lustenberger, a. a. O., N 10 zu Art. 230 mit Verweis auf BGE 117 III 67). Bei Einstellung des Konkurses nach Art. 230 SchKG ist dessen Durchführung von der Sicherstellung der zu gewärtigenden künftigen Kosten abhängig zu machen. Für die bis zur Einstellung bereits aufgelaufenen Kosten haftet nur der Gläubiger, der das Konkursbegehren gestellt hat (Art. 169 SchKG; BGE 64 III 166). Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG). Bei Einstellung eines Verfahrens mangels Aktiven entfällt die Konkursmasse als Haftungssubstrat, da eben gerade kein Konkursverfahren durchgeführt wird. Die Gläubiger, die den Konkurs verlangt haben, haben für die Verfahrenskosten aufzukommen (BGE 102 III 87). Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs eröffnet infolge Überschuldungsanzeige der Schuldnerin und deren Deponierung der Bilanz. Bei Konkurs einer GmbH ohne vorläufige Betreibung ist Art. 169 SchKG nicht anwendbar (vgl. Art. 194 SchKG).

Dementsprechend hätte hier bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven grundsätzlich die Schuldnerin die Kosten zu tragen, da es keine Konkursmasse als Haftungssubstrat gibt. Der Staat müsste versuchen, seine Auslagen noch vor Löschung der GmbH erhältlich zu machen. Bei Nichteinbringung würde letztlich auch der Staat diese Kosten tragen, da eben gerade keine Kostenvorschüsse von der Schuldnerin verlangt werden dürfen (vgl. Art. 194 SchKG). Damit hilft die Argumentation des Konkursamtes nicht, dass es nicht sein könne, dass der Staat einen Teil der Kosten zu tragen habe. Die bisher aufgelaufenen Kosten können nicht der Gläubigerin auferlegt werden. Der vorliegend in Frage stehende Kostenvorschuss ist um die bisher angefallenen Kosten zu reduzieren. Das Konkursamt hat sich dementsprechend über die bisher aufgelaufenen Kosten auszuweisen und einen neuen Kostenvorschuss festzusetzen. Somit wird das Konkursamt angewiesen, den mit Verfügung vom 15. September 2005 verlangten Kostenvorschuss zur Durchführung des Konkursverfahrens um die bis heute angefallenen Kosten im Konkurs der M. GmbH zu reduzieren, unter Gewährung des Nachforderungsrechts für die zukünftigen, den reduzierten Kostenvorschuss übersteigenden Kosten. Bei Bezahlung des Kostenvorschusses innert der der Beschwerdeführerin anzusetzenden Frist wird das Konkursamt den Konkurs weiterführen.

## 82

*Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 SchKG (SR 281.1).* Knüpft ein definitiver Rechtsöffnungstitel die Zahlungspflicht des Schuldners an eine Suspensivbedingung, so hat der Gläubiger deren Eintritt durch Urkunden nachzuweisen; bei seinem Gegenbeweis ist der Schuldner nicht auf einen Urkundenbeweis angewiesen. Bei Resolutivbedingungen hat indessen grundsätzlich der Schuldner durch Urkunden liquide zu beweisen, dass die Bedingung eingetreten ist.

*Kantonsgericht, Präsidentin der III. Zivilkammer, 1. März 2005*

Aus den Erwägungen:

3. b) Die Beschwerdegegnerin stützt ihr Rechtsöffnungsbegehren auf den Entscheid des Bezirksgerichts A. vom 16. Juni 2003. Bei diesem Entscheid handelt es sich zweifellos um einen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG, der zur definitiven Rechtsöffnung berechtigt. Dem Beschwerdeführer stehen damit nur die in Art. 81 SchKG genannten Einwendungen zur Verfügung. Er kann namentlich geltend machen, die Forderung sei getilgt (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Zu bemerken ist, dass unter Tilgung der Schuld nicht nur der Untergang der Forderung infolge

Zahlung, sondern jeder auf irgendeinem anderen zivilrechtlichen Grund beruhende Untergang der Forderung verstanden wird (Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, 233; PKG 1990 Nr. 30 S. 114). Der Schuldner kann auch einwenden, er sei aufgrund des Entscheides nicht bedingungslos zur Zahlung verpflichtet; eine Bedingung sei noch nicht eingetreten (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., § 19 N 56).

c) [Gemäss Ziffer 4.1. der Ehescheidungskonvention sind an den monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 6000.– sämtliche von Dritten zugehenden Leistungen anzurechnen. Gemäss Ziffer 4.4. der Konvention ist die Ehefrau verpflichtet, jeweils per Ende Januar eine vollständige und dokumentierte Abrechnung der im Vorjahr erhaltenen Leistungen Dritter zu machen. Die Unterhaltspflicht entfällt bis zur effektiven Vorlage der Abrechnung.]

Aufgrund dieser Bestimmung ergibt sich, dass der Beschwerdeführer den Unterhaltsbeitrag von Fr. 6000.– unter der Suspensivbedingung schuldet, dass die Beschwerdegegnerin eine vollständige und durch Urkunden belegte Abrechnung betreffend die von Dritten erhaltenen Leistungen vorlegt. Da die Beschwerdegegnerin über die entsprechenden Unterlagen verfügt, erscheint diese Regelung sinnvoll. Der Eintritt einer Suspensivbedingung ist vom Gläubiger durch Urkunden nachzuweisen. Der Bedingungseintritt muss liquide nachgewiesen sein, es steht dem Rechtsöffnungsrichter nicht zu, hierüber ein ausgedehntes Beweisverfahren zu führen. Der Schuldner kann den Gegenbeweis erbringen, wobei er nicht auf einen Urkundenbeweis angewiesen ist (Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 44 zu Art. 80 SchKG). Der Beschwerdeführer kann somit im Rechtsöffnungsverfahren vorbringen, die von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Abrechnung sei nicht vollständig, namentlich es seien ihr weitere Leistungen Dritter zugegangen. Bei diesem Gegenbeweis genügt es, dass beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung der beweisbelasteten Partei entstehen, so dass der Hauptbeweis nicht erbracht ist. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., 10 N 22; BGE 120 II 397). In der Literatur wird aber auch die Ansicht vertreten, knüpfe ein definitiver Rechtsöffnungstitel die Zahlungspflicht des Schuldners an eine Suspensivbedingung, so sei lediglich provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, wenn der Eintritt der Bedingung durch Urkunde ausgewiesen werde. Die Rechtskraft des Titels vermöge die Frage des Eintritts der Bedingung nicht zu umfassen (Peter Stücheli, a. a. O., 203 und 228 ff.). Wie zu zeigen sein wird, hat die Beschwerdegegnerin keine vollständige und klare Abrechnung durch Urkunden nachgewiesen. Die Frage, ob definitive oder provisorische Rechtsöffnung zu erteilen wäre, kann daher offen bleiben. (...)

d) Gemäss Ziffer 4.3. der Ehescheidungskonvention ist die Beschwerdegegnerin ferner verpflichtet, sich ordentlich darum zu kümmern, dass alle Leistungen Dritter, welche nach Gesetz oder aus Vertrag verlangt werden können, auch recht-

zeitig und vollumfänglich geltend gemacht werden. Unterlässt es die Ehefrau, die nach Treu und Glauben zumutbaren Handlungen selbst oder durch einen Dritten zu veranlassen, und werden deshalb keine oder zu wenig Leistungen von Dritten erbracht, so entfällt die Unterhaltsverpflichtung in diesem Umfang. Bei dieser Bestimmung ist von einer Resolutivbedingung auszugehen. Bei Resolutivbedingungen hat grundsätzlich der Schuldner durch Urkunden liquide zu beweisen, dass die Bedingung eingetreten ist. Zwar ist dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die ratio legis von Art. 81 SchKG fordert jedoch, dass ein Urteil, das unbestritten-ermassen einmal vollstreckbar geworden ist, für den daraus Berechtigten ohne weitere materiellrechtliche Prozesse vollstreckt werden kann, bis der Schuldner mindestens durch Urkunde beweist, dass die Vollstreckbarkeit wieder dahingefallen ist (Peter Stücheli, a. a. O., 115 f. und 204; Staehelin/Bauer/Staehelin, a. a. O., N 45 zu Art. 80 SchKG). Gelingt dem Schuldner dieser Urkundenbeweis nicht, so wird die Rechtsöffnung erteilt, und der Schuldner muss eine materielle Klage auf Feststellung des Eintritts der Resolutivbedingung gemäss Art. 85a SchKG, resp. Rückforderung des Bezahlten (Art. 86 SchKG) verlangen (Staehelin/Bauer/Staehelin, a. a. O., N 45 zu Art. 80 SchKG). Demnach trifft hier die Beweislast den Beschwerdeführer, allfällige Unterlassungen der Beschwerdegegnerin nachzuweisen.

### 83

*Art. 80 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG (SR 281.1); Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO (sGS 961.2).* Es ist nicht willkürlich, das Begehren um definitive Rechtsöffnung abzuweisen, wenn bei Steuerschulden lediglich der Konkursverlustschein sowie eine Rechtskraftbescheinigung, welche indessen auf keine bestimmte Veranlagung Bezug nimmt, eingereicht werden.

*Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 19. Juli 2005*

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Gläubiger haben dem Rechtsöffnungsgesuch den erwähnten Verlustschein vom 18. Dezember 1992, den darauf gestützten Zahlungsbefehl vom 30. September 2004 sowie eine Bescheinigung des Steuersekretärs, dass die Steuerveranlagung in Rechtskraft erwachsen sei, beigelegt; in dieser Bescheinigung wird indessen nicht auf eine bestimmte Veranlagung bezug genommen (von ihrer Formulierung her wäre sie zum Beweis der Rechtskraft jeder beliebigen behaupteten Veranlagung verwendbar).

b) Bei Rechtsöffnungsgesuchen ist es unerlässlich, dem Rechtsöffnungsrichter den sogenannten Rechtsöffnungstitel vorzulegen (vgl. Daniel Staehelin, Basler Kom-



mentar, N 53 zu Art. 80 SchKG mit Verweisen; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, 400 § 160 Rz. 16 und 17). Vorliegendenfalls wäre also die gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG und Art. 136 Abs. 2 aStG einem vollstreckbaren Urteil gleichgestellte, an den Schuldner gerichtete Veranlagungsverfügung betreffend die Staats- und Gemeindesteuern 1992 samt der auf einen bestimmten Betrag lautenden Steuerrechnung und einer konkret darauf bezug nehmenden Rechtskraftbescheinigung einzureichen gewesen.

Ein solcher Titel liegt hier nicht vor. Der von den Gläubigern eingereichte Verlustschein stellt, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, keinen definitiven Rechtsöffnungstitel dar, auch wenn der Schuldner im Konkurs die Forderung ausdrücklich anerkannt hat (Art. 265 Abs. 1 und 82 SchKG). Gestützt auf diesen Verlustschein durfte die definitive Rechtsöffnung nicht erteilt werden; daran ändert die – auf eine nicht näher bezeichnete Veranlagungsverfügung bezug nehmende – Rechtskraftbescheinigung nichts. Der Verlustschein taugt lediglich dazu, einer allfälligen Verjährungseinrede (vgl. Art. 81 Abs. 1 SchKG [die relative Bezugsverjährung für rechtskräftig veranlagte Steuern beträgt grundsätzlich fünf, die absolute zehn Jahre; Art. 217 StG]) entgegenzutreten (Art. 265 Abs. 2 Satz 1 i.V. m. Art. 149a Abs. 1 SchKG).

c) Die von den Gläubigern erhobene Willkürklage erweist sich damit als unbegründet.

## V. Internationales Recht

---

### 84

*Art. 8 EMRK (SR 0.101).* Die Einleitung eines Verfahrens zur Rückführung eines von der Mutter ins Ausland entführten Kindes verschafft dem ausländischen Vater keinen Anspruch auf Verlängerung der im Rahmen des Familiennachzugs erteilten Aufenthaltsbewilligung.

*Verwaltungsgericht, 16. August 2005*

Der Tunesier A. erhielt aufgrund der Heirat mit einer niedergelassenen Ausländerin eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Die am 3. Dezember 2000 geborene Tochter wurde in die Niederlassungsbewilligung der Mutter einbezogen. 2003 trennten sich die Eheleute. Die Tochter wurde unter die Obhut der Mutter gestellt und A.

ein Besuchsrecht eingeräumt. In der Folge setzte sich die Mutter mit der Tochter ins Ausland ab. A. erhob Strafanzeige wegen Entziehens von Unmündigen und leitete beim Bundesamt für Justiz ein Verfahren für die Rückführung der Tochter ein. Das Ausländeramt wies in der Folge das Gesuch von A. um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Das Justiz- und Polizeidepartement wies den Rekurs von A. ab. Dieser erhob Beschwerde und berief sich auf das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Familienleben und machte geltend, die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung würde das widerrechtliche Verhalten der Kindsmutter legitimieren und den Zielsetzungen des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (SR 0.211.230.02, abgekürzt HEntfÜ) zuwiderlaufen. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

6. a) Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährleistet das Recht auf Achtung des Familienlebens. Darauf kann sich im Rahmen eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens berufen, wer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz (Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) hat. Soweit eine familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist, wird das der zuständigen Behörde grundsätzlich eingeräumte freie Ermessen beschränkt (BGE 127 II 64, 126 II 427, 118 Ib 157 und 116 Ib 355; vgl. auch Spescha/Streuli, Ausländerrecht, Zürich 2001, S. 285). Der in Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens entspricht materiell der Garantie von Art. 8 EMRK und gewährt darüber hinaus im Bereich des Ausländerrechts keine zusätzlichen Ansprüche (BGE 126 II 394).

aa) Der Beschwerdeführer hält dafür, seine Tochter habe ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihren Wohnsitz nach den Bestimmungen des HEntfÜ und des IPRG immer noch in der Schweiz, weil er das Rückführungsgesuch rechtzeitig vor Ablauf eines Jahres seit dem Verschwinden des Kindes gestellt bzw. nach Bekanntwerden des neuen Zufluchtsorts in Rumänien erneuert habe. Auch unter dem Gesichtspunkt des Ausländerrechts sei deshalb davon auszugehen, das Kind habe immer noch denselben Aufenthaltsort bzw. sinngemäss, es verfüge nach wie vor über die Niederlassungsbewilligung. Andernfalls würden die Ziele des HEntfÜ beschnitten. Des weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die Tochter habe im Zeitpunkt ihrer Rückkehr Anspruch auf eine selbständige Niederlassungsbewilligung, weil sie widerrechtlich und unverschuldet während mehr als sechs Monaten aus der Schweiz verbracht worden sei und bei ihrer Rückkehr durch die Behörden in der Schweiz eine Obhuts- und Sorgerechtszuteilung an den in der Schweiz wohnhaften Vater möglich sei. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang auf einen Entscheid des Einzelrichters im Familienrecht des Kantonsgerichts St.Gallen vom 22. Juni 2004 (vgl. ABI 2004/1520).

bb) Nach Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG erlischt die Niederlassungsbewilligung durch Abmeldung oder wenn sich der Ausländer während sechs Monaten tatsächlich im

Ausland aufhält; stellt er vor deren Ablauf das Begehren, so kann diese Frist bis auf zwei Jahre verlängert werden. Die Abmeldung für ein anderes Familienmitglied lässt die Bewilligung indessen nur erlöschen, wenn sie durch Vollmacht oder Genehmigung, bei Kindern durch das gesetzliche Vertretungsrecht, gedeckt ist. Eine böswillige Abmeldung des einen Ehegatten für den andern kann nicht rechtswirksam sein (vgl. Übersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Basel 2002, Rz. 6.9 mit Hinweis auf M. Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern 1999, S. 120). Zur Beurteilung der Frage, ob eine Niederlassungsbewilligung zufolge Aufgabe des Aufenthalts erloschen ist, ist in erster Linie auf die tatsächlichen Umstände abzustellen (vgl. BGE 2A.66/2000).

cc) Unbestritten ist, dass die Tochter in die Niederlassungsbewilligung ihrer Mutter einbezogen ist. Fest steht des weiteren, dass die Mutter im März 2004 mit ihrem Kind den Wohnort verlassen hat. Vermutet wird, dass Mutter und Kind nach Kroatien oder Rumänien ausgereist sind. Nach einer im Entscheid des Einzelrichters im Familienrecht des Kantonsgerichts St.Gallen vom 22. Juni 2004 wiedergegebenen Aussage des Beschwerdeführers ist es möglich, dass seine Ehefrau mit der Tochter wieder in die Schweiz zurückgekehrt ist. Aufgrund von Schreiben des Bundesamtes für Justiz, INTER – Dienst für internationalen Kinderschutz, vom 21. Januar 2005 ist indessen davon auszugehen, dass sich die beiden zu jenem Zeitpunkt in Rumänien aufgehalten haben. Nach einer Aktennotiz des Ausländeramtes steht sodann fest, dass sich die Mutter nach ihrer Ausreise beim Einwohneramt abgemeldet hat. Es bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die Ehefrau des Beschwerdeführers für sich und die Tochter innert Frist einen Antrag auf Reservierung der Niederlassungsbewilligung gestellt hat. Auch hat das Ausländeramt am 27. Juli 2004 ein Gesuch des Beschwerdeführers um Reservierung der Niederlassungsbewilligung seiner Tochter abgewiesen. Die Möglichkeit allein, dass die Tochter des Beschwerdeführers in die Schweiz zurückgeführt werden und hier neu über Sorgerecht und Obhut entschieden werden könnte, begründet sodann keinen Anspruch des Kindes auf neuerliche Erteilung einer Niederlassungsbewilligung. Auch hat der Beschwerdeführer aus diesem Grund keinen Anspruch auf eine (befristete) Aufenthaltsbewilligung. Allfällige Rechte bezüglich seiner Tochter könnte er von Tunesien aus und im Rahmen von Kurzaufenthalten in der Schweiz geltend machen. Wie zu zeigen sein wird, kann sich der Beschwerdeführer indessen ohnehin nicht mit Erfolg auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen.

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, zufolge des affektiv und wirtschaftlich engen Verhältnisses zu seiner Tochter habe er gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

aa) Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist nicht absolut. Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das in Ziff. 1 geschützte Rechtsgut unter gewissen Voraussetzungen statthaft. Ein Eingriff ist dann zulässig, wenn er gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des

Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Die EMRK verlangt somit ein Abwägen der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und dem öffentlichen Interesse an deren Verweigerung, wobei die öffentlichen Interessen an der Verweigerung in dem Sinn überwiegen müssen, als sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 122 II 6 mit Hinweis). Bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen sind die gesamten persönlichen Verhältnisse des Ausländers zu würdigen, namentlich die Dauer des Aufenthalts, die Integration in der Schweiz, die verbleibende Beziehung zum Heimatstaat sowie strafrechtlich oder fremdenpolizeilich verpöntes Verhalten (vgl. Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 263; VerwGE vom 25. Januar 2005 i. S. D. H. und VerwGE vom 18. Mai 2004 i. S. A. A.).

bb) Da der Beschwerdeführer von seiner Ehefrau getrennt lebt, kann er aus der Beziehung zu ihr keine Ansprüche aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK herleiten. Im Verhältnis zwischen Vater und leiblichen Kindern ist im Gegensatz dazu ein eigentliches Zusammenleben für die Begründung eines Anspruchs gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK nicht erforderlich. Vielmehr wird ein Familienleben bereits dann angenommen, wenn ein regelmässiger Kontakt besteht (BGE 120 Ib 3, 119 Ib 84). Der nicht obhutsberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung zu seinen Kindern nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts, leben. Hiezu ist es nicht unabdingbar, dass er dauernd im gleichen Land wie die Kinder lebt und dort über eine Anwesenheitsberechtigung verfügt. Das Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allerdings dessen Modalitäten entsprechend aus- bzw. umzugestalten sind (BGE 2A.563/2002). Ein weitergehender Anspruch ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur zu bejahen, wenn in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht ausgeübt werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinen Klagen Anlass gegeben hat bzw. als tadellos einzu-stufen ist (BGE 2A.563/2002 mit Hinweisen, BGE 120 Ib 4 ff. und 24 ff.).

cc) Es besteht ein öffentliches Interesse, dass Ausländer, bei denen nach kurzem Aufenthalt in der Schweiz die familiären Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung wegfallen, die Schweiz wieder verlassen (VerwGE vom 25. Januar 2005 i. S. D. H. mit Hinweis auf VerwGE vom 22. Januar 2002 i. S. N. O. und vom 16. März 2004 i. S. H. J.). Die Schweiz verfolgt in Bezug auf Niederlassung und Aufenthalt von Ausländern eine restriktive Politik, dies namentlich im Interesse eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen schweizerischer und auslän-

discher Wohnbevölkerung, der Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz ansässigen Ausländer und der Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie einer möglichst ausgeglichenen Beschäftigung (vgl. Art. 16 ANAG sowie Art. 1 BVO). Diese gesetzgeberischen Ziele sind im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK legitim (BGE 120 Ib 4; BGE 120 Ib 24 f. und VerwGE vom 25. Januar 2005 i. S. D. H.).

dd) Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe zu seiner Tochter ein intensives und intaktes Verhältnis gehabt, bis sie im März 2004 entführt worden sei. Er habe E. mindestens während eines Tages in der Woche besucht und zwar gerade auch in den Wochen bevor sie mit ihrer Mutter untergetaucht sei. Dem Entscheid der Einzelrichterin in Zivilsachen des Kreisgerichts G. ist indessen zu entnehmen, es sei unbestritten, dass die Mutter die Hauptbezugsperson des Kindes sei. Der Beschwerdeführer hält in seiner Stellungnahme an das Ausländeramt denn auch fest, es treffe zu, dass es «bereits früher während einigen Monaten und dann wiederum seit Sommer letzten Jahres zu einer Trennung der Parteien gekommen sei». Seit 11. Mai 2003 lebt der Beschwerdeführer von seiner Ehefrau und seiner Tochter sodann gänzlich getrennt. Seither, somit seit rund zwei Jahren, wächst die Tochter unter der Obhut ihrer Mutter auf. Zum Zeitpunkt, als die endgültige Trennung erfolgte, war das Kind rund zweieinhalb Jahre alt, somit zu jung, um zum Beschwerdeführer eine intensive persönliche Bindung aufbauen zu können. Eine in affektiver Hinsicht besonders enge Vater-Tochter-Beziehung liegt somit nicht vor. Dabei ist es nicht ausschlaggebend, aus welchen Gründen es dem Beschwerdeführer nicht möglich war, zu seiner Tochter ein tragfähiges persönliches Verhältnis aufzubauen und zu vertiefen.

...

c) Insgesamt ist das private Interesse des Beschwerdeführers, möglicherweise eines Tages das Besuchsrecht in der Schweiz ausüben oder mit seiner Tochter, zu der er weder in affektiver noch in wirtschaftlicher Hinsicht eine besonders enge Beziehung hat, hier leben zu können, nicht gewichtig. Sollte die Tochter tatsächlich unter seine Obhut gestellt werden, könnte er mit ihr in Tunesien leben. Andernfalls wäre es ihm möglich, zu seiner Tochter in der Schweiz eine Beziehung zu pflegen, auch wenn er nicht hier lebt und nur für Besuchs- und Ferienaufenthalte anreist, vorausgesetzt das Besuchsrecht wird hinsichtlich Ort, Häufigkeit und Dauer entsprechend ausgestaltet. Die Distanz zwischen Tunesien und der Schweiz ist relativ einfach zu überwinden (vgl. VerwGE vom 23. Januar 2004 i. S. A. G.) und die Reisekosten sind tragbar. Der Eingriff in das Recht auf Familienleben ist deshalb auch unter Berücksichtigung des Kindesinteresses gerechtfertigt und verhältnismässig.

**85**

*Art. 5 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681) in Verbindung mit Art. 3 RL 64/221/EWG.* Die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung an einen während seiner Drogensucht in der Schweiz und im Ausland mehrfach und in schwerer Weise straffälligen und verurteilten Italiener, der mit einer niedergelassenen Landsfrau verheiratet ist und mit ihr zwei in der Schweiz geborene Kinder hat, ist unverhältnismässig, wenn er seit einer stationären Massnahme vor sieben Jahren kein persönliches Verhalten mehr erkennen liess, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.

*Verwaltungsgericht, 16. August 2005*

Der 1967 geborene italienische Staatsangehörige S. besass bis 1989 die Niederlassungsbewilligung in der Schweiz. Er wurde wiederholt straffällig. U. a. wurde er wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und weiterer Delikte 1988 mit 17 Monaten Gefängnis, 1989 mit zwei Monaten Gefängnis und 1993 mit 12 Monaten Gefängnis bestraft. 1997 wurde er wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Strafe wurde zugunsten einer stationären Massnahme zur Behandlung seiner Drogensucht aufgeschoben. 1990 setzte sich S. während eines hängigen Strafverfahrens nach Italien ab, wo er sich bis Ende 1993 aufhielt. Dadurch erlosch seine Niederlassungsbewilligung. 1994 wurde er in Monaco verhaftet und in der Folge an die Schweiz ausgeliefert. Im Januar 1997 trat er in den vorzeitigen stationären Massnahmevollzug, aus welchem er im August 1998 bedingt, unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit, entlassen wurde. Im Oktober 1998 reiste er wiederum nach Italien aus. Im November 1998 erliess das Bundesamt für Ausländerfragen (heute: Bundesamt für Migration) eine Einreisesperre. Diese wurde im Hinblick auf die Vorbereitung der Heirat mit der niedergelassenen Landsfrau A. und die bevorstehende Geburt des gemeinsamen Kindes sowie die Anerkennung des Kindes suspendiert. Im Januar 2000 anerkannte S. sein Kind und heiratete A. Im März 2002 wurde er nach Italien ausgeliefert, wo er in der Folge eine einjährige Gefängnisstrafe verbüsste. 2002 verlegte die Ehefrau ihren Wohnsitz in den Kanton St.Gallen. Im September 2002 gebar sie das zweite Kind. Im Oktober 2002 erhielten die Ehefrau und die beiden Kinder die Niederlassungsbewilligung im Kanton St.Gallen. Im Dezember 2003 reiste S. in die Schweiz ein und stellte ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Das Gesuch wurde vom Ausländeramt abgewiesen. S. erhob dagegen erfolglos Rekurs. Das Verwaltungsgericht hat eine Beschwerde von S. gegen den Rekursentscheid gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

Strittig ist die Frage, ob die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA als Massnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 FZA recht- und verhältnismässig ist.

a) aa) Das ANAG gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft und ihre Familienangehörigen nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Bestimmung enthält oder dieses Gesetz eine vorteilhaftere Rechtsstellung vorsieht (Art. 1 lit. a ANAG). Das Übergangsrecht von Art. 10 FZA vorbehalten räumt das Freizügigkeitsabkommen den Staatsangehörigen der Vertragsstaaten sowie ihren Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht nach Massgabe seines Anhangs I ein (Art. 4 ff. und 7 lit. d FZA). Gemäss Art. 16 FZA soll die in Art. 1 FZA näher umschriebene Freizügigkeit wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft vorgesehen umgesetzt werden; hierfür ist auch die bis zur Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens am 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (abgekürzt EuGH) zu berücksichtigen. Spätere Urteile des EuGH sind nicht verbindlich, können aber bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mitberücksichtigt werden (BGE 130 II 9 ff.).

bb) Es ist unbestritten, dass dem Beschwerdeführer als Italiener und Ehegatte einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten italienischen Staatsangehörigen grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer originären Aufenthaltsbewilligung aus Art. 2 Anhang I FZA sowie ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltsrechts im Rahmen des Familiennachzugs gemäss Art. 3 Anhang I FZA zukommt.

cc) Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die vom Freizügigkeitsabkommen – unter anderem nach den erwähnten Art. 2 und 3 Anhang I FZA – gewährten Rechtsansprüche nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen sind v. a. in der Richtlinie 64/221/EWG des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (abgekürzt RL 64/221/EWG; publiziert in: ABL. 1964, Nr. 56, S. 850), enthalten, auf welche Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist. Die Regelung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA beruht auf dem unter anderem in Art. 39 Abs. 3 des Vertrages vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft aufgenommenen Ordre-public-Vorbehalt, durch den der Grundsatz der Freizügigkeit beschränkt werden kann. Durch diesen Vorbehalt soll den Vertragsstaaten erlaubt werden, zum Schutz anerkannter Rechtsgüter Massnahmen gegenüber Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten zu ergreifen, die sie bei ihren eigenen Staatsangehörigen nicht anwenden können, da sie nicht befugt sind, diese aus dem nationalen Hoheitsgebiet zu entfernen oder ihnen die Einreise dorthin zu untersagen (BGE 130 II 180 mit weiteren Hinweisen). Aufgrund des in Art. 2 FZA normierten Diskriminierungsverbots sowie

der in Art. 1 ANAG enthaltenen Meistbegünstigungsklausel kann Art. 5 Anhang I FZA nicht zu Massnahmen gegen in der Schweiz befindliche Personen ermächtigen, die über diejenigen hinausgehen, welche im schweizerischen Recht (insbes. dem ANAG) vorgesehen sind. Daher muss zunächst untersucht werden, ob es ausserhalb des Freizügigkeitsabkommens eine Rechtsgrundlage gibt, auf welche die Verweigerung eines weiteren Verbleibs des Beschwerdeführers in der Schweiz gestützt werden kann. Erst bei Bejahung dieser Frage ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, inwiefern das Freizügigkeitsabkommen den Behörden zusätzliche Schranken auferlegt (BGE 130 II 181).

dd) Soweit der Beschwerdeführer als italienischer Arbeitnehmer ein originäres Anwesenheitsrecht aus Art. 2 Anhang I FZA geltend machen kann, kommt bei ihm die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens von in Art. 10 Abs. 1 ANAG genannten Ausweisungsgründen in Betracht. Ein Verhalten, das die Ausweisung zur Folge haben kann, rechtfertigt auch die mildere Massnahme der Nichterteilung einer Bewilligung (BGE 130 II 181).

ee) Soweit es um das allfällige Aufenthaltsrecht als Ehegatte gemäss Art. 3 Anhang I FZA geht, ist Folgendes zu bemerken: Laut Art. 17 Abs. 2 in fine ANAG erlöschen die Ansprüche der Ehegatten und Kinder eines Ausländers, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung verstossen haben. Die Voraussetzungen für ein Erlöschen des Anspruchs sind weniger streng als im Fall des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers, bei dem gemäss Art. 7 Abs. 1 in fine ANAG ein Ausweisungsgrund (Art. 10 ANAG) vorliegen muss und im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung teils anders gewichtet wird. Mit Blick auf den erwähnten Art. 2 FZA darf für Ehegatten von Staatsangehörigen von Vertragsparteien allerdings keine strengere Regelung zur Anwendung kommen, als sie für ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern gilt. Für Ehegatten von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten haben daher mindestens die bei Art. 7 Abs. 1 in fine ANAG anzulegenden Massstäbe zu gelten (BGE 130 II 181 f. mit weiteren Hinweisen).

b) aa) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer zwischen 1988 bis 1997 wiederholt und in schwerer Weise straffällig und hierfür verurteilt wurde. Durch die zweimalige Missachtung der ihm gegenüber verhängten Einreisesperre Ende 2000 versties er zudem gegen die Bestimmungen des ANAG, wofür er zu je 30-tägigen Haftstrafen verurteilt wurde. Angesichts dieser Umstände erscheint ein Ausweisungsgrund resp. ein Grund zur Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG naheliegend. Das Vorliegen eines solchen Grundes rechtfertigt aber für sich allein die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung noch nicht; vielmehr soll eine Aufenthaltsbewilligung nur verweigert werden, wenn dies nach den gesamten Umständen des Einzelfalls angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Zu berücksichtigen sind insbesondere die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz und die dem Ausländer und seiner Familie drohenden Nachteile (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Hinzukommen muss im vorliegenden Fall eine Interessenabwägung im Lichte der Eingriffsgründe von Art. 8



Ziff. 2 EMRK, da die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung einen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK darstellen würde. Endlich sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in diese Interessenabwägung auch die Rückfallgefahr und der Resozialisierungsgedanke des Strafrechts miteinzubeziehen (BGE 129 II 217).

bb) Art. 10 Abs. 1 ANAG ist eine typische «Kann-Bestimmung». Das Gesetz schreibt beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nicht zwingend die Anordnung einer Ausweisung vor. Es räumt der Verwaltung diesbezüglich einen Ermessensspielraum ein. Das Verwaltungsgericht ist zur Überprüfung der Angemessenheit einer Verfügung oder eines Entscheides nicht befugt. Es darf daher, auch bei der Prüfung der Angemessenheit gemäss Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG, nicht sein eigenes Ermessen – im Sinne einer Prüfung der Opportunität bzw. Zweckmässigkeit der Massnahme – anstelle des Ermessens der Verwaltung ausüben (VerwGE vom 17. August 1999 i. S. J. und S. R. und vom 5. März 1998 i. S. Y. K. mit Hinweis auf BGE 122 II 435; BGE 125 II 523). Es kann nur überprüfen, ob ein Entscheid oder eine Verfügung auf einer Überschreitung bzw. auf einem Missbrauch des Ermessens beruht (vgl. GVP 1996 Nr. 9 mit Hinweisen).

cc) Der Beschwerdeführer ist als sog. «Ausländer der zweiten Generation» in der Schweiz geboren und hier aufgewachsen. Angesichts dieser Tatsache ist von einer Ausweisung resp. einer Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (BGE 2A.468/2000 vom 16. März 2001). Mit knapp zwanzig Jahren wurde er erstmals und in der Folge mehrfach wegen Verstössen gegen das BetmG und damit zusammenhängender Beschaffungskriminalität in der Schweiz und in Italien straffällig. Auch wenn ein Grossteil dieser Delikte mit seiner Drogensucht in Zusammenhang steht, wiegt sein fremdenpolizeiliches Verschulden schwer.

Mit knapp 23 Jahren verliess er erstmals die Schweiz. Bis ins Jahr 1997 befand er sich mehrheitlich im Ausland. Im Januar 1997 wurde er vom Bezirksgericht B. wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, ferner wegen Sachbeschädigung – teilweise als Zusatzstrafe zu den Urteilen vom März 1988, Juni 1989 und Oktober 1993 – zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Strafe wurde zugunsten einer stationären Massnahme zur Behandlung seiner Drogensucht aufgeschoben. Seitdem er im August 1998, d. h. vor knapp sieben Jahren, vorzeitig und unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit aus dem stationären Massnahmevollzug entlassen wurde, liess er sich, mit Ausnahme des zweimaligen Verstosses gegen die Einreisesperre, nichts mehr zuschulden kommen. Auch wenn ein Rückfall zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, deutet doch einiges darauf hin, dass der Beschwerdeführer seine Drogensucht überwinden konnte. Zudem ist er seit Anfang 2000 mit einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten italienischen Staatsbürgerin verheiratet, mit welcher er zwei Söhne hat. Seine Frau wie auch seine Söhne sind in der Schweiz geboren und halten sich seither hier auf. Die Nichterteilung einer

Aufenthaltsbewilligung würde dazu führen, dass der Beschwerdeführer seine Familie lediglich im Rahmen (und innerhalb der entsprechenden Fristen) eines touristischen Aufenthalts sehen könnte.

dd) Unter diesen Umständen ist fraglich, ob die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer über einen Rechtsanspruch auf Verbleib in der Schweiz verfügt, und der verhältnismässig langen Dauer, die seit seiner schweren Delinquenz vergangen ist, den Anforderungen von Art. 11 Abs. 3 ANAG bzw. Art. 16 Abs. 3 ANAV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen würde (vgl. VerwGE vom 24. Oktober 2002 i. S. Z. T; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 28. Oktober 1998 (2A.122/1999) mit ähnlichem Sachverhalt, zitiert in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2002, FN 89 zu Rz. 6.32). Die Frage kann indes mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offenbleiben.

c) aa) Gemäss Art. 5 Anhang I FZA dürfen die durch das Abkommen eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass Einschränkungen der Freizügigkeit eng auszulegen sind (BGE 130 II 182 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens). Gemäss Art. 3 Abs. 1 RL 64/221/EWG, auf welche Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist, darf hinsichtlich der Massnahmen nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur das persönliche Verhalten der Einzelperson ausschlaggebend sein. Zudem können strafrechtliche Verurteilungen nicht ohne weiteres solche Massnahmen begründen (Art. 3 Abs. 2 RL 64/221/EWG). Nach der ständigen Praxis des EuGH darf eine frühere strafrechtliche Verurteilung nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen liessen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Es ist allerdings möglich, dass schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllt (BGE 130 II 184, BBI 1992 V 348 f.).

Bei einem in der Schweiz geborenen Italiener, der im Jahr 1988 zu 14 Monaten Gefängnis bedingt und im Jahr 2000 wegen Raub, Brandstiftung, Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfachen Betrugs, mehrfacher Hehlerei, Hausfriedensbruch etc. zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt und dem die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Jahr 2001 verweigert wurde, bejahte das Bundesgericht eine hinreichende gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Das persönliche Verhalten des Italieners, welcher in hohem Masse kriminelle Energie entwickelt habe, dabei vor Gewaltanwendung nicht zurückgeschreckt sei und v. a. aus persönlicher Geltungssucht und finanziellen Motiven gehandelt habe, rechtfertige die Nichtverlängerung selbst dann, wenn man in Betracht ziehe, dass er ein «Ausländer der 2. Generation» sei, sich hauptsächlich in der Schweiz aufgehalten habe und eine intakte Familienbeziehung zu seiner Ehefrau und Tochter, welche beide im Jahr 2001 in der Schweiz eingebür-

gert wurden, pflege (BGE 130 II 176). Bei einem anderen, ähnlich gelagerten Fall (vgl. BGE 2A.749/2004 vom 28. April 2005) sprach das Bundesgericht von einem Grenzfall, bei welchem der Ausweisungsentscheid des Regierungsrates besser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsprochen hätte als die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichts. Es räumte jedoch ein, dass sich die dem angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts zugrunde liegende Würdigung des Risikos erneuter schwerer Delinquenz noch im Rahmen des der kantonalen Gerichtsstanz in derartigen Fällen zustehenden Beurteilungsspielraumes halte.

bb) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer wiederholt straffällig geworden ist. Hingegen ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach er zwischen 1988 und 2000 teilweise schwere Delikte verübt habe, insofern zu präzisieren, als der Beschwerdeführer letztmals im Jahre 1997 wegen Verübung schwerwiegender Delikte verurteilt wurde. Die kriminelle Vergangenheit hat mit Behandlung seiner Drogensucht weitgehend ein Ende gefunden. Zwar stellen die beiden Verstösse gegen die Einreisesperre einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar. Das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers seit 1998 sowie die Schwere der Regelverletzung der ANAG-Verstösse vermögen jedoch keine konkrete Gefahr zu begründen, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft zum gegenwärtigen Zeitpunkt berühren könnten. Des weiteren bringt die Vorinstanz vor, dass der Beschwerdeführer sich auch durch die mehrfachen Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von insgesamt neun Jahren und acht Monaten und auch in der Verantwortung als Familienvater nicht von weiteren Straftaten abhalten lassen habe. Auch hier ist einerseits präzisierend festzustellen, dass die vom Bezirksgericht B. ausgesprochene Zuchthausstrafe von fünf Jahren zugunsten einer stationären Massnahme aufgeschoben wurde, aus welcher der Beschwerdeführer nach knapp einem Jahr entlassen werden konnte. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der erste Sohn des Beschwerdeführers im August 1999 geboren wurde, mithin zu einem Zeitpunkt als der Beschwerdeführer, wie dargelegt, nicht mehr einschlägig delinquent hat. Die beiden ANAG-Verstösse im Jahre 2000 vermögen seine Verantwortung als Familienvater insofern nicht zu untergraben, als sie im Zusammenhang mit der Zusammenführung der Familie stehen.

Die Vorinstanz hält richtigerweise fest, dass gemäss europäischer Rechtsprechung des EuGH allein ein vergangenes Verhalten den Tatbestand einer gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen kann. Sie vermag jedoch nicht darzutun, warum das frühere Verhalten des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall effektiv eine gegenwärtige Gefährdung darstellen soll. Seit der Überwindung seiner Drogensucht (welche hauptsächlich Ursache für die früheren Vergehen und Verbrechen war) vor sieben Jahren hat der Beschwerdeführer kein Verhalten mehr an den Tag gelegt, welches die öffentliche Ordnung in hinreichend schwerer Weise gefährdet hätte.

cc) Im Lichte der angeführten Rechtsprechung und der gesamten Umstände des vorliegenden Falles kann im Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz

entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine gegenwärtige und hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung erblickt werden. Die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung erweist sich als unverhältnismässig, und die Beschwerde ist gutzuheissen.